

للإمام العلامة الشيخ محمد بن حسين بن علي
الطوري القادري الحنفي
المتوفى بعد سنة ١١٣٨هـ

ضبطه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ زكريا عميرات

الجزء السابع

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon
Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بسم الله الرحمن الرحيم

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

يكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقود فإن شهدا على خصم حاضر حكم

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

هذا أيضاً من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة لما قبله. كذا في فتح القدير وهو أولى مما ذكر الشارح من أن هذا الباب ليس من كتاب القضاء لأنه إما نقل شهادة أو نقل حكم، وكل ذلك ليس منه وإنما أورده فيه لأنه من عمل القضاة فكان ذكره فيه أنسب اهـ. وحيث كان من عملهم فهو منه فكيف ينفيه. والمراد بغيره ما ذكره في هذا الباب من قوله «وتقضي المرأة إلى آخره» قوله: **(يكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقود)** أي استحساناً، والقياس أن لا يجوز لأن كتابته لا تكون أقوى من عبارته، وهو لو أخبر القاضي الآخر في محله لم يعمل بخبره فكتابته أولى لأنه قد يزور. وإنما جوّزناه لأثر علي رضي الله عنه وللحاجة. ولا يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة لأن القاضي يحتاج فيها إلى تعديل الأصول وقد يتعذر ذلك، ولم يجز في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال. ويدخل تحت قوله «في غير حد وقود» كل شيء من الدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والإيصاء والموت والوراثة والقتل إذا كان موجبه المال والنسب من الحي والميت والغصب والأمانة المجحودة من وديعة ومضاربة وعارية والأعيان منقولاً أو عقاراً وهو المروي عن محمد وعليه المتأخرون وبه يفتى للضرورة، وفي ظاهر

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

قوله: **(غير أنه)** أي كتاب القاضي إلى القاضي قوله: **(وهو أولى مما ذكره الشارح)** قال في

....

الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة، وعن الإمام الثاني تجويزه في العبد لغلبة الإباق فيه لا في الأمة، وعنه تجويزه في الكل. وفي البزازية: والمتقدمون لم يأخذوا بقول الإمام الثاني، وعمل الفقهاء اليوم على التجويز في الكل للحاجة. قال الإمام الأسبيجابي: وعليه الفتوى، ولو جاء المدعي من القاضي برسول ثقة مأمون عدل إلى قاضٍ آخر لا يقبل لأنه لا يزيد على أن يأتي القاضي بنفسه ويخبر وهو في غير ولايته كواحد من الرعايا بخلاف كتابه لأنه كالخطاب من مجلس قضائه دلت التفرقة على مسألتين: الأولى بلدة فيها قاضيان حضر أحدهما مجلس القاضي الآخر وأخبر بحادثة لا يجوز له أن يعمل بخبره وحده، ولو كتب إليه بشرطه له العمل به، وكذا لو حضر قاضيان في مصر ليس فيه مجلس قاضٍ أو أحدهما قاضٍ فيه والآخر ليس بقاض فيه لا يعمل بخبر من ليس بقاض فيه لعدم الولاية كقاض ببخارى التقى مع قاض بخوارزم وأخبره بحادثة حكم فيها بخارى لا يعمل بإخباره قاضي خوارزم اهـ. وقد ذكر قاضيخان في فتاواه مسائل: الأولى طلب من القاضي أن يسمع شهوده على الإبراء أو إيفاء الدين ويكتب له كتاباً بذلك خوفاً من رب الدين أن يدعي عليه إذا ذهب إليه، لم يكتب في قول أبي يوسف، ويكتب في قول محمد. الثانية لو كان صاحب الدين حاضراً وطلب من القاضي أن يسأله فإذا أنكر برهن ليكتب له لم يسأله إجماعاً وهذه حجة على محمد في السابقة. الثالثة امرأة جاءت إلى القاضي وقالت طلقني زوجي فلان ثلاثاً وتزوجت بآخر بعد العدة وأخاف إنكاره فاسأله، فإن أنكر برهنت سأله القاضي إجماعاً وهي حجة على أبي يوسف. الرابعة ادعى أنه مشترٍ داراً لها شفيع سلمها وهي في بلد كذا وطلب أن يسمع شهوده ويكتب لا يكتب، وقال محمد يكتب في هذه المسائل كلها احتياطاً احترازاً عن تضييع الحقوق، وأجمعوا على أن المديون أو المشتري أو المرأة لو قال إن صاحب الدين والشفيع والزوج قد تعرض لي فيما ادعى فاسمع شهودي فإن القاضي يسمع ويكتب اهـ. أطلق القاضي فأفاد أن قاضي مصر يكتب إلى قاضي مصر آخر وإلى قاضي السواد والرستاق ولا يكتب قاضي الرستاق إلى قاضي مصر. كذا في السراج الوهاج معزياً إلى الينابيع. ثم قال: وإنما يقبل إذا كان بينهما مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً، أما إذا كان أقل من ذلك لا يقبل. وفي نوادر ابن هشام: إذا كان في المصر قاضيان جاز كتابهما

النهر: وعندي أنه لا تنافي بينهما بوجه إذ المنفي في كلام الشارح كونه قضاء والمثبت في الفتح كونه من أحكام القضاء ولا يلزم منه أن يكون قضاء، نعم كونه من أحكامه أدخل في كتاب القضاء قوله: **(ليس فيه مجلس قاضٍ)** قال الرملي: أي ليسا بقاضيين فيه.

قوله: **(ولا يكتب قاضي الرستاق إلى قاضي مصر)** قال في منح الغفار بعد نقله الخلاف في المسألة أقول: الظاهر أن الخلاف بينهم في هذه المسألة مبني على الخلاف في أن المصر هل هو شرط

بالشهادة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً وإلا لم يحكم وكتب الشهادة ليحكم المكتوب

إلى بعضهما في الأحكام ثم قال: وإذا كان الكتاب الذي ورد عليه لمن لا تقبل شهادته له كالوالدين والزوجة جاز القضاء به بخلاف ما إذا ترافعوا إليه من غير كتاب اهـ.

قوله: **(فإن شهدا على خصم حاضر حكم بالشهادة)** لوجود الحجة وشرط الحكم وهو حضور الخصم، والمراد بالخصم الحاضر من كان وكيلاً من جهة المدعى عليه أو مسخراً وهو من نصبه القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الدعوى عليه وإلا لو أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة إلى الكتاب إلى القاضي الآخر لأن الخصم حاضر عند القاضي وقد حكم عليه، وإذا حكم كتب بحكمه إلى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقتضي منه الحق. كذا في فتح القدير قوله: **(وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً)** لئلا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكراً لها وإلا فلا يحتاج إلى كتابة الحكم لأنه قد تم لحضور الخصم بنفسه أو من يقوم مقامة إلا إذا قدر أنه غاب بعد الحكم عليه وجحده، فحينئذ يكتب له ليسلم إليه حقه أو لينفذ حكمه. وفي المصباح: السجل كتاب القاضي والجمع سجلات، وأسجلت للرجل إسجالاً كتبت له كتاباً، وسجّل القاضي بالتشديد قضى وحكم وأثبت حكمه في السجل اهـ. فالسجل الحجة التي فيها حكم القاضي ولكن هذا في عرفهم، وفي عرفنا السجل كتاب كبير يضبط فيه وقائع الناس وما يحكم به القاضي وما يكتب عليه قوله: **(وإلا لم يحكم)** أي وإن لم يكن الخصم حاضراً لا يحكم لأن الحكم على الغائب لا يجوز لما عرف، ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل إليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لأنه الأول محكوم به فلزمه، والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له. كذا ذكر الشارح وهو يدل على أن الحاكم على الغائب إذا كان حنفياً فإن حكمه لا ينفذ لقوله يرى ذلك وهو مفيد لأن معنى قولهم إن القضاء على الغائب ينفذ في أظهر الروايتين إذا كان القاضي شافعياً قوله: **(وكتب الشهادة ليحكم المكتوب إليه بها وهو الكتاب الحكمي)** منسوب إلى الحكم باعتبار ما يؤول إليه **(وهو نقل الشهادة في الحقيقة)** لأن الكاتب لم يحكم بها وإنما نقلها للمكتوب إليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب إليه برأيه وإن كان مخالفاً لرأي الكاتب بخلاف السجل فإنه ليس له أن يخالفه

لنفاذ القضاء أم لا، فحكوا عن ظاهر الرواية أنه شرط، وعن رواية النوادر أنه ليس بشرط وبه يفتى كما في البزازية. فعلى هذا يفتى بقبوله من قاضي رستاق إلى قاضي مصر أم رستاق اهـ. وذكر بعض الفضلاء أنه في البزازية قد صرح بابتناء الخلاف في هذه المسألة على الخلاف في اشتراط المصر قوله: **(وإلا لو أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الخ)** قال في النهر وأقول في الشرح: وإنما يكتب السجل حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكراً لها وإلا فلا يحتاج إلى كتابة الحكم لأنه قد تم بحضور الخصم نفسه أو من يقوم مقامه إلا إذا قدر أنه غاب بعد الحكم عليه وجحد الحكم فحينئذ يكتب له ليسلم إليه حقه أو لينفذ حكمه اهـ. وهذا كما ترى صريح في أن

إليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة وقرأ عليهم وختم عندهم

وينقض حكمه. وفي منية المفتي: ورد كتاب قاض إلى قاض آخر في حادثة لا يراه القاضي المكتوب إليه وهي مختلف فيها لا ينفذه، وإن ورد فيها سجل نفذه لأن السجل محكوم به دون الكتاب، ولهذا له أن لا يقبل الكتاب دون السجل ا هـ. فقد أفاد عدم وجوب قبول الكتاب على المكتوب إليه. وفي كتاب المحاضر والسجلات من الظهيرية قال القاضي الإمام ثقة الدين محمد بن علي الحلواني: صحبت كثيراً من القضاة الكبار فما رأيتهم أجابوا إلى شيء من الحوادث المجتهد فيها في الكتابة إلى القاضي الشافعي إلا في اليمين المضافة، فإن دلائل أصحاب الحديث في ذلك واضحة وبراهينهم فيها لائحة والشبان يتجاسرون إلى هذه اليمين ثم يحتاجون إلى التزوج فيضطرون إلى ذلك، فلو لم يجبهم القاضي إلى ذلك ربما يقعون في الفتنة ا هـ قوله: **(وقرأ عليهم وختم عندهم وسلم إليهم)** أي القاضي الكاتب يفعل ذلك ليعلموا ما فيه ليشهدوا عند الثاني ولا بد لهم من حفظ ما فيه، ولهذا قيل ينبغي أن يكون معهم نسخة أخرى مفتوحة فيستعينوا منها على الحفظ فإنه لا بد من التذكر من وقت الشهادة إلى وقت الأداء عندهما. ولم يذكر العنوان وهو من شرائطه وهو أن يكتب فيه اسمه واسم أبيه وجده، وكذا المكتوب إليه ويكتبه من داخل، فلو كان على الظاهر لم يقبل، وفي عرفنا العنوان يكون على الظاهر فيكتفى به ويكتب فيه اسم المدعي والمدعى عليه على وجه يقع التمييز بذكر جدهما، ويذكر الحق فيه ويذكر الشهود إن شاء وإن شاء اكتفى بذكر شهادتهم. وعن أبي يوسف أنه لا يشترط على الشهود إلا نقل الكتاب والشهادة على أنه كتاب فلان، ولا على القاضي سوى كتابة الحاجة التي لا بد من معرفتها، واختاره شمس الأئمة لكونه أسهل.

قوله: **(فإن وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه ولم يقبله بلا خصم وشهود)** لأنه للحكم به فلا يقبله إلا بحضور الخصم كالشهادة، ولا بد من إسلام الشهود ولو كان الكتاب لذمي على ذمي لأنهم يشهدون على فعل المسلم، وإنما يحتاج إليهم إذا أنكر الخصم كونه كتاب القاضي، أما إذا أقر فلا حاجة إليهم بخلاف كتاب الأمان إلى أهل الحرب حيث يعمل به بلا بينة لأنه ليس بملزم، ومعناه إذا جاء الكتاب من ملكهم بطلب الأمان كما في العناية، وقد كتبنا في الفوائد الفقهية أن لا يعمل بالخط إلا في مسألة كتاب الأمان، وفي دفتر البياع والصراف والسمسار فإنه حجة، والمراد بعدم قبوله بلا خصم عدم قراءته لا مجرد قبوله فإنه لا يتعلق به حكم. كذا في فتح القدير. وجوز أبو يوسف قبوله بلا بينة ولكن لا يعمل به

المراد بالخصم إما المدعى عليه أو وكيله، وأنه لو أريد بالخصم المدعى عليه كان للكتاب إلى الآخر ما قد علمت من الفوائد، وأما القضاء على المسخر فالمنقول عن الذخيرة أن فيه روايتين قال: والاعتماد على أن القاضي إن علم أنه مسخر ينفذ قضاؤه وإلا نفذ.

وسلم إليهم فإن وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه ولم يقبله بلا خصم وشهود فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله وبموت

إلا ببينة. وفي السراجية: يقبل كتاب القاضي إلى القاضي مع كسر الختم. كذا عن شمس الأئمة الحلواني قوله: **(فإن شهدوا أن كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه)** يعني إذا ثبتت عدالتهم عنده بأن كان يعرفهم بالعدالة أو وجد في الكتاب عدالتهم أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا، وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم، وذكر الخصاف أنه لا يفتحه إلا بعد ظهور العدالة، وصححه في السراج الوهاج. قيد بقوله «سلمه إلينا إلى آخره» لأنهم إذا قالوا لم يسلمه إلينا أو لم يقرأه علينا أو لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به. وقال أبو يوسف: إذا شهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي قبل وإن لم يقولوا قرأه علينا. وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بأنه كتاب فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز. والأشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف. ولم يشترط المؤلف مسافة بين القاضيين للاختلاف فيها، فظاهر الرواية أنه لا بد من مسيرة ثلاثة أيام كالشهادة على الشهادة، وجوزهما محمد وإن كانا في مصر واحد، وعن أبي يوسف إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد والكتابة، وفي السراجية وعليه الفتوى قوله: **(ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله)** يعني قبل وصول الكتاب إلى الثاني أو بعد وصوله قبل القراءة لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة. وقال أبو يوسف: لا يبطل، وأما بعدهما فلا يبطل في ظاهر الرواية. وجنون الكاتب وردته وحده لقذف وعماه كعزله ذكره الشارح. وإذا قبله المكتوب إليه فيما إذا بطل وحكم به ثم رفع إلى آخر فأمضاه جاز لمصادفته الاجتهاد، وإذا كان الاختلاف في نفس القضاء فإنه ينفذ بالتنفيذ من قاضٍ آخر. ولو فسق الكاتب أو خرج عن أهلية الشهادة، فإن المكتوب إليه لا يقضى به، سواء كان قبل قراءته أو بعدها. كذا في الخانية. وهو بإطلاقه مخالف لما قدمناه عن الشارح. وفي السراج الوهاج: ولو شهد شهود بحق ثم مات القاضي المشهود عنده وولي قاض آخر لم ينفذ تلك الشهادة حتى تعاد اهـ. وقد ذكروا هنا أن مما يبطل كتابه فسقه وهو محمول على ما إذا كان عدلاً ففسق عند البعض.

قوله: **(وبموت المكتوب إليه إلا إذا كتب بعد اسمه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين)** أي يبطل الكتاب لأن الكاتب اعتمده إلا إذا عمم لاعتماده الكل. قيد بقوله «بعد اسمه» لأنه لو عمم ابتداء لم يجز أن يحكم به أحد، وأجازه أبو يوسف حين ابتلي بالقضاء واختاره كثير من المشايخ تسهيلاً للأمر، وفي الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم قوله: **(لا بموت الخصم)** أي لا يبطل الكتاب بموت الخصم لأن وارثه يقوم مقامه. أطلقه فشمل

المكتوب إليه إلا إذا كتب بعد اسمه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لا بموت

المدعي والمدعى عليه، وشمل ما إذا كان تاريخ الكتاب بعد موت المطلوب أو قبله لأن وارث المطلوب والوصي قائم مقامه. كذا في الخانية. قيد بموت الخصم لأن عدم حضرته عند القاضي الكاتب تبطل كتابته فلا يحكم عليه بشهادة أولئك حتى يشهدوا عنده بحضرة الخصم. كذا في السراجية. ولو ردد بين قاضيين كتب إلى فلان أو فلان صح، وشرحه في شرح أدب الخصاف وسيأتي بعد.

فروع: يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لأنه يثبت مع الشبهات، ولو كتب القاضي إلى الأمير الذي ولاه أصلح الله أمر الأمير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الأمير فالاستحسان أن للأمير إمضاءه لأنه متعارف، ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة إلى الأمير ليخبره وشرطنا فيه شرط كتاب القاضي إلى القاضي. كذا في فتح القدير. ولو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي البلدة فهرب إلى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضي تلك البلدة بما يثبت عنده من كتاب القاضي، فكما جوّزنا للأول الكتابة جوّزنا للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة. ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعي شهادتهم ويكتب القاضي بعلمه كالقضاء بعلمه، والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع. كذا قال بعضهم: وإذا أقام شاهداً عند القاضي وسأل القاضي أن يكتب بذلك كتاباً إلى قاض آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد في محل المكتوب إليه. كذا في فتح القدير، والأصح أن الكتابة بعلمه كالقضاء بعلمه. كذا في شرح أدب الخصاف قوله: **(وتقضي المرأة في غير حد وقود)** لأنها أهل للشهادة في غيرهما فكانت أهلاً للقضاء لكن يأثم المولى لها للحديث «لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة»[1] رواه البخاري. وفي فتح القدير: ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى؟ ا هـ. فظاهره صحة تقريرها في النظر والشهادة في الأوقاف وإن لم يكن بشرط الواقف، وقد أفتيت فيمن شرط الشهادة في وقفه لفلان ثم من بعده لولده فمات وترك بنتاً أنها تستحق وظيفة الشهادة، واستغربه بعض القضاة ولا عبرة به بعد ما ذكرنا. وأما سلطنتها فصحيحة وقد ولي مصر امرأة تسمى شجرة الدر جارية الملك الصالح بن أيوب. وفي الخلاصة: لو قضت في

قوله: **(وشرطنا فيه شرط كتاب القاضي إلى القاضي)** فيه اختصار مخل فإن عبارة الفتح هكذا: ولم يجر الرسم في مثله من مصر إلى مصر فشرطنا هناك كتاب القاضي إلى القاضي اهـ. فقد ظهر أن

---

(١) رواه البخاري في كتاب المغازي باب ٨٢. الترمذي في كتاب الفتن باب ٧٥. النسائي في كتاب القضاة باب ٨. أحمد في مسنده (٥/ ٤٣، ٥١).

الخصم وتقضى المرأة في غير حد وقود ولا يستخلف قاضٍ إلا أن يفوض إليه ذلك

الحدود والقصاص فرفع إلى قاض آخر فأمضاه ليس لغيره أن يبطله ا هـ. وأشار المؤلف إلى صلاحيتها للنظارة على الوقف والوصاية على اليتامى بالأولى كما في فتح القدير، وأما قضاء الخنثى فيصح بالأولى، وينبغي أن يصح في الحدود والقصاص لشبهة الأنوثة ا هـ.

قوله: **(ولا يستخلف قاض إلا أن يفوض إليه ذلك)** لأنه فوض إليه القضاء دون

هذا الشرط إذا كان الأمير في مصر غير مصر القاضي قوله: **(وقد أفتيت فيمن شرط الشهادة الخ)** قال في النهر: كأنه علق في الفتح قوله في الأوقاف بشهادة وعندي فيه نظر لأن صاحب الفتح إنما استظهر بهذا على عدم سلب ولايتها مع نقصان عقلها، ولا شك أن صلاحيتها شاهدة في الأموال اتفاقاً فيه إثبات ولايتها والقضاء أهله أهل الشهادة، ولو علق في الأوقاف بشاهدة لقصر عن إفادة هذا المعنى والمقصود هو الأوّل لمن تأمل. وبتقدير التسليم فعرف الواقعين مراعي ولم يتفق تقرير أنثى شاهدة في وقف في زمن ما فيما علمنا فوجب صرف ألفاظه إلى ما تعارفوه. وإذا كان هذا المعنى لم يخطر ببال واقف ولم يسر ذهنه إليه وإنما أراد من الشاهد الكامل فكيف يصرف لفظه إلى غير مراده وقد قال شيخ الإسلام عبد البر في شرح الوهبانية: ينبغي ترجيح رواية دخول أولاد البنات فيما لو وقف على ذريته لأن عرفهم عليه لا يعرفون غيره ولا يسري إلى أذهانهم غالباً سواه فاعتبر عرفهم وقال فيما لو وقف على ولده وولد ولده: ينبغي أن تصحح رواية دخول أولاد البنات أيضاً قطعاً لأن فيها نص محمد عن أصحابنا، وقد انضم إلى ذلك أن الناس في هذا الزمان لا يفهمون سوى ذلك ولا يقصدون غيره وعليه عملهم وعرفهم اهـ. وهذا برهان بين لما ادعيناه فوجب الحكم بمقتضاه، وإذا عرف هذا فتقريرها في شهادة وقف ابتداء غير صحيح والله تعالى الموفق اهـ. وذكر الحموي عن المقدسي موافقة ما في النهر ثم نقل عن بعض الفضلاء ما نصه: بل الظاهر أن في الأوقاف متعلق بهما لا بناظرة فقط، وأما قول المقدسي فالمتعارف في الأوقاف خلاف هذا فلا يمنع كونها أهلاً للشهادة، وقول الأصحاب بأن شهادتها في غير حد وقود جائز فكذا قضاؤها صريح في صحة تقريرها في الأوقاف اهـ، كذا في حاشية أبي السعود. قلت: كلام الأصحاب يفيد صحة تقريرها شاهدة ابتداء خلافاً لما ذكره في النهر، وأما إفادته لدخولها في الواقعة المستفتى عنها فغير ظاهر وهذا هو الإنصاف لمن تأمل والله تعالى أعلم.

قول المصنف: **(ولا يستخلف قاض إلا أن يفوّض إليه)** قال الرملي وفي التتارخانية نقلاً عن شرح الطحاوي: وليس للقاضي أن يولي القضاء غيره إلا إذا كان مكتوباً في منشوره ذلك أو قيل له ما صنعت من شيء فهو جائز فإن ولى غيره من غير هذا يكون قضاؤه موقوفاً على إجازة الأوّل (م) ولو أن الخليفة لم يأذن له في الاستخلاف فأمر رجلاً فحكم بين اثنين لم يجز حكمه، ثم إن القاضي لو أجاز ذلك الحكم ينظر؛ إن كان بحال يجوز حكمه لو كان قاضياً جاز إمضاء القاضي حكمه، وإن كان بحال لا يجوز حكمه لو كان قاضياً ينظر، إن كان مما يختلف فيه الفقهاء كالمحدود في القذف جاز إمضاؤه ذلك، وإن كان عبداً أو صبياً لم يجز، وإن كان الخليفة أذن للقاضي في الاستخلاف

....

التقليد به فلا يتصرف في غير ما فوض إليه كالوكيل لا يوكل بدون إذن الموكل. أطلقه فشمل ما إذا كان بعذر أو لا كما في العناية، ؤلو استخلف بلا إذن فحكم الخليفة فأجازه القاضي جاز حيث كان الخليفة أهلاً للقضاء، فإن كان رقيقاً أو محدوداً في قذف أو كافراً لم يجز، وكذا إذا قضى بحضرة القاضي كما في الوكالة لأن المقصود حضور رأيه. وفي آخر جامع الفصولين: القاضي لو قضى في كل أسبوع يومين بأن كان له ولاية القضاء في يومين من كل أسبوع لا غير فقضى في الأيام التي لم تكن له ولاية القضاء، فإذا جاءت نوبته أجاز ما قضى جازت ا هـ. فدخل الفضولي في القضاء وهو أعم من القاضي، وظاهر كلامهم أن إجازة قضاء الفضولي لا تتوقف على كون الفضولي خليفة من قاض ليس له ولاية الاستخلاف، بل لو قضى فضولي بلا استخلاف أصلاً فأجازه القاضي جاز. ثم اعلم أن قولهم «كما في الوكالة» معناه الوكالة بالبيع والنكاح ونحوهما، أما الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أجاز أو حضر لم يصح لأن المقصود عبارته كما في المنية، وشمل التفويض إليه ما إذا كان صريحاً بأن قال له «ول من شئت» أو دلالة كجعلتك قاضي القضاة، والدلالة هنا أقوى لأن في الصريح المذكور يملك الاستخلاف لا العزل، وفي الدلالة يملكهما كقوله «ول من شئت» و «استبدل من شئت» فإن قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقاً تقليداً وعزلاً. وإذا قال له «ول من شئت واستخلف» كان نائباً عن الإمام في التولية فلا يملك عزله كالوكيل إذا وكل بإذن ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الإيصاء إلى غيره، ويملك التوكيل والعزل في حياته لرضى الموصي بذلك دلالة لعجزه بخلاف الإمام والموكل، وبخلاف المستعير فإن له الإعارة بشرطه لأنه لما ملك المنفعة ملك تمليكها. وفي الملتقط: القاضي إذا استخلف خليفة فقضى للقاضي لا يجوز، والطريق فيه أن

فاستخلف غيره جاز فهذا القاضي الثاني يصير قاضياً من جهة الخليفة لا من جهة القاضي الأوّل حتى لو أراد القاضي الأوّل أن يعزل الثاني لم يكن له ذلك إلا إذا قال الخليفة للأوّل تستبدل من شئت اهـ قوله: **(فدخل الفضولي في القضاء)** المصرح به أن القضاء عقد من العقود وأن كل عقد لا مجيز له حال صدوره من الفضولي لا يتوقف فكذا يجب أن يكون قضاء الفضولي إن كان له مجيز حال صدوره يتوقف ومالا فلا كدار الحرب حيث لا سلطان ولا قاضي. ولو قضى بعد منعه ينبغي أن يكون موقوفاً، وفتوى من أفتى بعدم الصحة محمولة على عدم النفاذ حتى يجاز، وبعدم صحة إجازته محمول على الإجازة الإجمالية فتأمل والله تعالى الموفق؛ كذا بخط بعض الفضلاء قوله: **(وظاهر كلامهم الخ)** قال الرملي: بل هو داخل في قولهم كلما صح التوكيل إذا باشره الفضولي يتوقف وفي قولهم كل عقد صدر وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفاً على إجازته والقضاء عقد من العقود الشرعية يصح التوكيل فيه بشرطه تأمل، وتقدم الكلام في ذلك في بيع الفضولي قوله: **(القاضي إذا قضى للإمام**

....

يتحاكما أو ينصب الإمام قاضياً آخر لهذه الحادثة ا هـ. وفي السراجية: القاضي إذا وقعت له حادثة أو لولده فأناب غيره وكان من أهل الإنابة تخاصما عنده وقضى له أو لولده جاز القاضي إذا قضى للإمام الذي قلده القضاء أو لولد الإمام جاز ا هـ. وفي البزازية كما في السراجية. وفي الخلاصة: الخليفة إذا أذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف رجلاً وأذن له في الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم ا هـ. وفيها: وإن أرادوا أن يثبتوا قضاء الخليفة عند القاضي الأصلي فهو كما لو أثبتوا قضاء قاض آخر عند هذا القاضي، وفي أدب القاضي للصدر الشهيد: النائب يقضي بما شهدوا عند الأصل، وكذا الأصل يقضي بما شهدوا عند النائب ا هـ. وفي البزازية: جرى الخلع بين الزوجين عند القاضي مرتين فقال نائبه كان قد جرى عندي مرة أخرى والزوج ينكر فقال القاضي الإمام: لا يقضي القاضي بالحرمة الغليظة بكلام النائب، أما النائب يقضي بكلام القاضي إذا أخبره ا هـ ثم قال في نوع في الإمضاء: والنائب يقضي بما شهدوا عند الأصل، وكذا القاضي يقضي بما شهدوا عند النائب، أمر القاضي الخليفة أن يسمع القضية والشهادة ويكتب الإقرار ولا يقطع الحكم يفعل ما أمره القاضي، وليس له أن يحكم ليس للقاضي أن يحكم بأخبار خليفته بشهادة الشهود عنده لأنه ليس بقاض، وكذا لو أخبره بإقراره رجل إلا أن يشهد هو مع آخر، وقد تناطقت أجوبة أئمتنا بخوارزم أن شهادة مسخرة القاضي وشهادة الوكلاء المفتعلة ببابه لا تقبل بخلاف نوابهم، إلا أهل العدل، وقد رأيت بنواحي خوارزم وبها جماعة ممن فوض إليهم القضاء، وكذا ببعض نواحي دشت لا يصح القضاء بشهادتهم فكيف قضاؤهم؟ وسئلت عن شهادة بعضهم أنه تقبل. نقلت: نعم تقبل مع عدلين وكل ذلك من تهاون أمر الدشت بالشرع. وقد رأيت من العجائب أن واحداً من أمرائه الذي يدعي أنه لم يمض مثله ديناً قلد قضاء مدينة إلى شاب جاهل لا يعرف قرآناً ولا خطأً حتى يقضي بأربعة مذاهب فقلت له فيه فقال: أنا أعلم بالمصلحة والله يعلم المفسد من المصلح ا هـ. فالحاصل أن القاضي إذا ولي الخليفة القضاء عمل

الذي قلده الخ) قال الرملي: وجهه أن القاضي نائب عن العامة كما في المحيط، وإذا كان كذلك فلم يكن فعله منسوباً إليه. ومن قال بأن القاضي نائب عن السلطان فلعل وجهه عنده انحصار الطريق فيه إذ الحكم من الإمام بمنزلة القاضي المولى لا طريق إلى التحكيم فجاز ذلك فتحاً لباب القضاء له، وسيأتي أن الحكم من الإمام بمنزلة القاضي ولم أر من حرر ذلك تأمل قوله: **(وفي البزازية كما في السراجية)** قال الرملي: فثبت أن في المسألة قولين. وجه ما في السراجية أن الخليفة ليس نائباً عنه وإنما هو نائب عن السلطان أو العامة فانقطعت النسبة لكن في الأشباه والنظائر أنهم نواب القاضي في زماننا من كل وجه، وعليه ينبغي ترجيح ما في الملتقط لما في قضائه له من التهمة إذ فعل النائب كفعله فصار كأنه قضى لنفسه ولم أر من رجح أحد القولين والله تعالى أعلم.

قوله: **(أمر القاضي الخليفة)** أي خليفة القاضي قوله: **(اهـ)** أي كلام البزازية قوله: **(لكنه ذكر**

....

بقوله وإن ولاه سماع الدعوى والشهادة فقط لا يعمل بقوله فلا تناقض كما لا يخفى. وفائدة هذا الاستخلاف أن ينظر الخليفة هل للمدعي شهود أو يكذب فلعل له شهوداً إلا أنهم غير عدول، وقد لا تتفق ألفاظهم فيفوّض القاضي النظر إلى الخليفة. كذا في الخانية. وقد سئلت عن صحة تولية القاضي ابنه قاضياً حيث كان مأذوناً له بالاستخلاف فأجبت بنعم والله أعلم. أطلق في الاستخلاف فشمل ما إذا كان مذهب الخليفة موافقاً لمذهب القاضي أو مخالفاً. وفي البزازية: ولو فوض إلى غيره ليقضي على وفق مذهبه نفذ إجماعاً ا هـ. وظاهر إطلاقهم أن المأذون له بالاستخلاف صريحاً أو دلالة يملكه قبل الوصول إلى محل قضائه كما يملكه بعده، وقد جرت عادتهم إذا ولوا ببلد السلطان قضاء بلدة بعيدة بإرسال خليفة يقوم مقامهم إلى حضورهم، وقد سئلت عنها في سنة تسع وتسعين وتسعمائة فأجبت بذلك والله الموفق. ثم رأيت الأجل الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء للخصاف قال في الباب السادس عشر: القاضي إنما يصير قاضياً إذا بلغ الموضع الذي قلد فيه القضاء، ألا ترى أن الأول لا ينعزل ما لم يبلغ هو البلد الذي قلد فيه القضاء فكان هو في ذلك المكان بمنزلة واحد من الرعايا ا هـ. وهو يفيد أن القاضي لا يملك الاستخلاف قبل وصوله إلى محل عمله لكنه ذكر في الباب السادس أنه ينبغي للقاضي أن يقدم نائبه قبل وصوله حتى يتعرف عن أحوال الناس ا هـ. إلا أن يقال: إن قاضي القضاة مأذون بالاستخلاف قبل الوصول من السلطان فلا كلام، وهذا هو الواقع الآن. وقيد باستخلافه قاضياً لأن له التوكيل والإيصاء بلا إذن السلطان، وأورد هذا إشكالاً على منعه من تقليد القضاء فإن التعليل المذكور يجري فيها. وأجاب عنه في العناية بأن المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء أكثر ا هـ.

في الباب السادس الخ) قال في النهر: ومقتضى الأوّل أنه لا يستخلف والثاني أنه يستخلف فيحمل على إرسال النائب بإذن الخليفة أو أن ذلك معروف بينهم اهـ. وفي حاشية أبي السعود وأقول: جواز إرساله لتعرف أحوال الناس لا يستفاد منه جواز حكمه قبل وصول المرسل. ثم رأيت بخط السيد الحموي عن بعض الفضلاء ما نصه: ليس المراد محض الإرسال إنما المراد الإرسال على أن يحكم وهو ممنوع الخ. وحينئذ فلا يعوّل على ما أفتى به صاحب البحر من جواز استخلافه قبل وصوله إلى محل قضائه اهـ. ما في الحاشية. وأقول: لا يخفى أن الكلام في صحة الاستخلاف، ولا شك أن قوله «نائبه» يفيد ذلك وأما إن له أن يحكم أو لا فبحث آخر لا ذكر له في كلام صاحب البحر لا سيما وقد انضم إليه أنه الواقع الآن، وقد ذكر أوائل كتاب القضاء وإذا عزله السلطان لا ينعزل ما لم يصل إليه الخبر كالوكيل، وعن الثاني ما لم يأت قاضٍ آخر صيانة للمسلمين من تعطيل قضاياهم اهـ. فما مشى عليه الصدر الشهيد أولاً مبني على هذه الرواية وحيث كانت العلة ما ذكر فلا مانع من أن يقال وصول نائبه كوصوله فيفيد أن لنائبه الحكم تأمل.

بخلاف المأمور في الجمعة وإذا رفع إليه حكم قاضٍ أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنة

قوله: **(بخلاف المأمور في الجمعة)** يعني فإن له الاستخلاف وإن لم يفوض إليه ذلك لأن الإمام الأعظم لما فوضها إليه مع علمه أن العوارض المانعة من إقامتها من المرض والحدث في الصلاة مع ضيق الوقت وغيرهما تعتريه ولا يمكن انتظار الإمام الأعظم لأنها لا تحتمل التأخير عن الوقت فكان إذناً له بالاستخلاف دلالة، وتأخير سماع الخصومة إلى وجود الإذن من الإمام الأعظم ممكن لأنه غير مؤقت بوقت. كذا في المعراج. فظاهره أن الاستخلاف جائز وإن لم يكن لسبق الحدث في الصلاة كما إذا مرض الخطيب أو سافر أو حصل له مانع فاستناب خطيباً مكانه. وفي فروق الكرابيسي ما يفيده أيضاً فإنه قال: فرق بين القاضي والإمامة فإن القاضي لا يملك الاستخلاف إلا بإذن والإمام للجامع يملك بدونه، والفرق أن الضرورة متحققة ههنا لجواز أن يسبقه الحدث قبل الصلاة فلو توقف على الإذن تفوت الجمعة ولا كذلك في القضاء اهـ وبهذا علم أن ما ذكره في شرح الدرر والغرر من أن الخطيب ليس له الاستخلاف ابتداء إلا بإذن لا أصل له فإنما هو فهم فهمه من بعض العبارات، وقد صرح العلامة محب الدين بن جرباش شيخ شيخنا في النجعة في تعداد الجمعة بأن إذن السلطان بإقامة الخطبة شرط أول مرة فيكون الإذن منسحباً لتولية النظار الخطباء وإقامة الخطيب نائباً، ولا يشترط الإذن لكل خطيب وقد أوضحناه في الجمعة. ثم إن أحدث الخطيب بعدما خطب قبل الشروع في الصلاة لم يجز له أن يستخلف إلا من شهد الخطبة لأنها شرط فيها فلا تنعقد بدونها، وإن كان شرع فيها جاز أن يستخلف من لم يدركها لانعقادها بالأصل فكان الثاني بانياً. وفي العناية: واعترض بمن أفسد صلاته ثم افتتح

قوله: **(وفي فروق الكرابيسي الخ)** قال الرملي قلت: كلام صاحب الفروق إنما يفيد جواز الاستخلاف في الصلاة عند الحدث لكونها على شرف الفوات فلا ينهض حجة على منلا خسرو القائل بعدم جواز الاستنابة في الخطبة بدون إذن الإمام فليتأمل اهـ. ذكره الغزي. أقول: وقد رد عليه ابن كمال باشا في رسالة له رداً بليغاً فقال: بقي هنا دقيقة أخرى وهي أن إقامة الجمعة عبارة عن أمرين: الخطبة والصلاة. والموقوف على الإذن هو الأول دون الثاني وتمامه فيه قوله: **(بأن أذن السلطان بإقامة الخطبة شرط أول مرة للباني الخ)** وهكذا أجاب به العلامة أحمد يونس الشلبي حيث سئل عن ثغر فيه جوامع ولها خطباء ولم يكن لأحد منهم إذن صريح من السلطان، فأجاب بأن أمور المسلمين محمولة على السداد وقد جرت العادة بأن من أنشأ جامعاً وأراد إقامة الجمعة استأذن الإمام، وإذا وجد الإذن أول إقامتها حصل الغرض والإذن بعده ولو تطاولت المدة وتغيرت البلاد ليس بمفترض. اهـ ملخصاً قوله: **(واعترض بمن أفسد صلاته الخ)** أي بما لو استخلف شخصاً لم يشهد

المشهورة والإجماع وينفذ القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهراً وباطناً لا في

بهم الجمعة فإنه جائز وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة، وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للأوّل التحق بمن شهد الخطبة، وأرى أن إلحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك الصلاة الأولى فتأمل ا هـ.

قوله: **(وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والإجماع)** لترجح الاجتهاد الأول بالقضاء فلا ينقضه. أطلقه فشمل ما إذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً لكون لفظ الحكم نكرة في سياق الشرط فتعم، فليس في كلامه ما يوهم أنه إنما يمضيه إذا كان موافقاً لرأيه كما زعم الشارح. وفي الجامع الصغير: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاضٍ آخر يرى غير ذلك أمضاه. وفي المعراج: وإنما ذكر لفظ الجامع بهذا اللفظ المذكور لأنه فيه فائدتين: إحداهما أنه قيد بالفقهاء لأن القاضي إذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه في موضع الاجتهاد فعلى قول عامة المشايخ لا يجب على الثاني تنفيذه. كذا ذكره في فصول الأستروشني محالاً إلى المحيط والذخيرة فقال: لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك، قيل ينفذ قضاؤه وعامتهم لا ينفذ، وإنما ينفذ إذا علم بكونه مجتهداً فيه. قال شمس الأئمة: هذا هو ظاهر المذهب. والثاني أنه قيده بقوله «يرى غير ذلك» وفي رواية القدوري لم يتعرض لذلك فيحتمل أن قوله «أمضاه» فيما إذا كان موافقاً ا هـ. وفي الخلاصة: إن هذا الشرط يعني كونه عالماً بالاختلاف وإن كان ظاهر المذهب لكن يفتى بخلافه، والتحقيق المعتمد أن علمه بكون ما حكم فيه مجتهداً فيه شرط، وأما علمه بكون المسألة اجتهادية فلا، ويدل عليه ما في الفتاوى الصغرى. وشمل قوله «حكم قاض» ما إذا كان الحكم موافقاً لرأيه أو مخالفاً وما إذا كان القاضي باقياً على قضائه أو مات أو عزل كما

الخطبة ثم أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة قوله: **(أطلقه فشمل ما إذا كان موافقاً لرأيه)** أي لرأي القاضي المرفوع إليه حكم القاضي الأول قوله: **(لكون لفظ الحكم نكرة في سياق الشرط فتعم)** فيه نظر فإن ذلك إذا كان الشرط يميناً مثبتاً مثل إن كلمت رجلاً فكذا فإن المعنى لا أكلم رجلاً فتكون النكرة في سياق النفي معنى فتعم بخلاف قولك اليمين المنفي مثل إن لم أكلم رجلاً فلا تعم لأنه في معنى لأكلمن رجلاً فهي نكرة في سياق الإثبات، وبخلاف الشرط الواقع غير يمين مثل إن جاءك رجل فأكرمه فإنه أيضاً غير نص في العموم لأنه في سياق الإثبات، وما في المتن من هذا القبيل كما لا يخفى قوله: **(والتحقيق المعتمد أن علمه الخ)** قال ابن الكمال: وههنا شرط آخر وهو أن يكون القاضي عالماً بأن ما حكم فيه مجتهد فيه ولا يكفي فيه علمه بأن المسألة مجتهد فيها كما إذا قضى ببيع أم الولد غير عالم بأنها أم ولد فإنه لا يجوز، وإن كان عالماً بأن مسألة أم الولد اجتهادية؛ ذكره في منية المفتى اهـ قوله: **(وشمل قوله حكم قاضٍ ما إذا كان الحكم موافقاً لرأيه)** أي لرأي القاضي الأول

....

في خزانة الأكمل، فلو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة، وفي العامد روايتان، وعندهما لا ينفذ في الوجهين، واختلف الترجيح ففي الخانية أظهر الروايتين عن أبي حنيفة نفاذ قضائه وعليه الفتوى ا هـ. وهكذا في الفتاوى الصغرى. وفي المعراج معزياً إلى المحيط: الفتوى على قولهما، وهكذا في الهداية، وفي فتاوى ظهير الدين استحق للسلطان أن ينقضه ا هـ. وفي فتح القدير: فقد اختلف في الفتوى والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره. هذا كله في القاضي المجتهد. فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب إبي حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم ا هـ. ثم اعلم أن عبارات المشايخ قد اختلفت في هذه المسألة أعني ما إذا قضى المقلد بخلاف مذهبه موافقاً لمذهب مجتهد؛ ففي البزازية معزياً إلى شرح الطحاوي إذا لم يكن القاضي مجتهداً وقضى بالفتوى ثم تبين أنه على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه وله أن ينقضه. كذا عن محمد. وقال الثاني: ليس له أن ينقضه أيضاً ا هـ. وهكذا ذكر العمادي في الفصول. ثم قال: القاضي إذا قضى في محل الاجتهاد وهو يرى خلاف ذلك في بعض المواضع أنه لا ينفذ وفي بعضها أنه ينفذ ولم يذكر فيه خلافاً، والصحيح أن فيه خلافاً بين أبي حنيفة وصاحبيه. وذكر في المحيط اختلاف الرواية في بعضها في نفاذ القضاء وفي بعضها في حل الإقدام على القضاء ا هـ.

وفي عمدة الفتاوى: القاضي إذا قضى بقول مرجوع عنه جاز، وكذا لو قضى في

الذي رفع حكمه إلى القاضي الثاني، ثم إن هذه المسألة غير ما قبلها فإن ما قبلها هو اشتراط كون القاضي الأول عالماً بالخلاف لينفذ حكمه، وهذه في اشتراط كونه حكم على وفق مذهبه لا إذا كان ناسياً وحكم على مذهب غيره.

قوله: **(وفي العامد روايتان)** كأنه اقتصر في معين الحكام على رواية عدم النفاذ فحكى الإجماع حيث قال: كما نقله الرملي عند ذكر القاضي أبي بكر الرازي رحمه الله تعالى الخلاف فيما إذا قضى بخلاف مذهبه وقد نسيه، وأما إذا قضى بخلاف مذهبه حال ذكر مذهبه لا يجوز حكمه بالإجماع اهـ. لكن في الشرنبلالية نقل عن شرح الجامع الكبير أنه في العامد لا خلاف بين أصحابنا قال: والخلاف ثابت على الصحيح قوله: **(والوجه في هذا الزمان الخ)** قال في الشرنبلالية: نقل هذا في البرهان عن الكمال ثم قال: وهذا صريح الحق الذي يعض عليه بالنواجذ قوله: **(ثم اعلم أن عبارات المشايخ قد اختلفت الخ)** قال في النهر بعدما مر آنفاً عن الفتح: وهو ظاهر في أن كونه عالماً بالخلاف إنما هو في القاضي المجتهد. وفي القنية: القاضي المقلد إذا قضى بخلاف مذهبه لا ينفذ. وادعى في البحر أن المقلد إذا قضى بمذهب غيره أو برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ. وأقوى ما تمسك به ما في

. . . .

فصل مجتهد فيه ا هـ. وكذا في السراجية. وفي مآل الفتاوى: قضى بخلاف مذهبه وهو مختلف فيه قال أبو حنيفة ينفذ، وقال أبو يوسف لا ينفذ ا هـ. فقد تحرر أن القاضي المقلد إذا قضى بمذهب غيره فإنه ينفذ، وكذا إذا قضى برواية ضعيفة أو بقول ضعيف لإطلاق قولهم إن القول الضعيف يتقوى بقضاء القاضي، وما قيده به في فتح القدير من أن هذا إنما هو في المجتهد ثابت في بعض العبارات، ولذا قال في القنية: القاضي المقلد إذا قضى بخلاف مذهبه لا ينفذ ا هـ. ويخالفه ما أفتى به شيخه الشيخ عمر قارئ الهداية حين سئل عن وقف لم يحكم به رجع الواقف عنه ووقفه على جهة أخرى وحكم به قاضٍ حنفي، فهل يصح الثاني أم الأول؟ أجاب بأن الثاني هو الصحيح وإن كان الفتوى على خلاف قول أبي حنيفة لكنه تأيد بحكم الحاكم. وفي شرح منظومة ابن وهبان له صورة المسألة: لو حكم الحاكم في واقعة بحكم بخلاف مذهب مقلَّده ـ بفتح اللام ـ يعني الإمام الذي يقلده، وهذا إذا كان القاضي مقلداً وليس هو من أهل الاجتهاد كالقضاة الحنفية في زماننا مثلاً هل يصح قضاؤه أو لا؟ والجواب أنه إن كان ذاكراً لمذهبه لا يجوز وإلا جاز عنده خلافاً لهما ا هـ. ومن العجيب أن صاحب البدائع قيد الخلاف بعكس ما في فتح القدير فقال: ما نقل أن القاضي إذا قضى بخلاف مذهبه عمداً وقع باطلاً، وإن كان ناسياً عنده يصح، وعندهما لا يصح. وهذا إذا كان القاضي ليس من أهل الاجتهاد، فأما إذا كان من أهل الاجتهاد فينبغي أن يصح قضاؤه في الحكم بالإجماع ولا يكون لقاضٍ آخر أن يبطله لأنه لا يصدق على النسيان بل يحمل على أنه اجتهد فأدى اجتهاده إلى مذهب خصمه فقضى به فيكون قضاؤه باجتهاده فيصح ا هـ

البزازية: إذا لم يكن القاضي مجتهداً وقضى بالفتوى الخ. وما في الفتح يجب أن يعوّل عليه في المذهب، وما في البزازية محمول على رواية عنهما إذ قصارى الأمر أن هذا منزل منزلة الناسي لمذهبه وقد مر عنهما في المجتهد أنه لا ينفذ فالمقلد أولى قوله: **(يعني الإمام الذي يقلده)** كان عليه أن يقول الذي يقلده هو بزيادة الضمير العائد إلى القاضي. والحاصل أن المراد به مذهب المجتهد كأبي حنيفة والشافعي مثلاً لا السلطان المقلد ـ بكسر اللام ـ قوله: **(ومن العجب أن صاحب البدائع قيد الخلاف الخ)** حاصله أن صاحب البدائع جعل الخلاف في نفاذ قضائه بخلاف مذهبه وعدم نفاذه في القاضي غير المجتهد عكس ما صرح به في الفتح بقوله: هذا كله في القاضي المجتهد. وقول الرملي ما تقدم من قوله. وفي فتح القدير: لا يظهر منه أنه عكسه، وكذا قوله وما قيده به في فتح القدير فتأمل اهـ. غير ظاهر ثم إن ما ذكره في البدائع وجيه فإن المجتهد إذا حكم بخلاف مذهبه عمداً كان ذلك رجوعاً عن مذهبه الأوّل لتغير اجتهاده ووجوب اتباع ما ظهر له ثانياً، وإن لم يعلم أنه خالفه عمداً يحمل عليه لا على أنه نسي مذهبه وحكم بخلافه إذ الأصل أنه فعل ذلك عمداً وهذا معنى قول البدائع «لأنه لا يصدق على النسيان الخ».

....

بلفظه. والحق في هذه المسألة أن القاضي إذا حكم على خلاف مذهبه، فإن كان متوهماً أنه على وفقه فإنه باطل يجب نقضه وإن وافق مجتهداً فيه، وإن كان معتمداً مذهب غيره فإنه لا ينقض، وهذا التفصيل متعين في حكام زماننا فإنهم لا يعتمدون في أحكامهم على الاجتهاد لا مطلقاً ولا مقيداً لكونهم مقلدين، فإذا جرى منهم الحكم بخلاف مذهبهم فهو مقطوع بكونه منه خطأ فينقض. وقولهم لا ينقض الحكم في المجتهدات معلل بأن الاجتهاد لا ينقض بمثله لا مطلقاً فإذا كان القاضي متوهماً أنه مذهبه فأخطأ فيه لم يكن مجتهداً فيه. ومعنى قوله «أمضاه» حكم بمقتضاه. وفي السراج الوهاج: المراد من الحاكم القاضي والمراد من الإمضاء إلزام الحكم بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم ولذا قال في البزازية: وإن أرادوا أن يثبتوا حكم الخليفة عند الأصل لا بد من تقديم دعوى صحيحة على خصم حاضر وإقامة البينة كما لو أرادوا إثبات قضاء قاضٍ آخر اهـ.

فالحاصل أن الحكم المرفوع لا بد أن يكون في حادثة وخصومة صحيحة كما صرح به العمادي في الفصول والبزازي في الفتاوى قالا: وهنا شرط لنفاذ القضاء في المجتهدات وهو أن يصير حادثة تجري بين يدي القاضي من خصم على خصم حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء لأنه فتوى اهـ. فلو رفع إلى حنفي قضاء مالكي بلا دعوى لم يلتفت إليه ويحكم بمقتضى مذهبه، ولا بد في إمضاء الثاني لحكم الأول من الدعوى أيضاً كما سمعت، ولا يشترط إحضار شهود الأصل بل يكفي على قضاء القاضي. قال في البزازية: قاضي بلدة حكم على رجل بمال وسجل ثم مات القاضي وأحضر المدعي المحكوم عليه عند قاضٍ آخر وبرهن على قضاء الأول أجبره الثاني على أداء المال إن كان الحكم الأول صحيحاً، ولو شهدوا أن قاضياً من قضاة البلد قضى بهذا المال لا يحكم به، وفي كل فعل لا بد من تسمية الفاعل ونسبه، فإن قال الشهود إن القاضي الأول غير عدل لا يمضي القاضي الثاني قضاءه اهـ. وكتبنا في الفوائد الفقهية أن القاضي إذا ارتاب في حكم الأول له أن يطلب شهود الأصل، وإذا علمت ذلك ظهر لك أن التنافيذ الواقعة في زماننا غير معتبرة لصدورها بلا دعوى وحادثة. وإنما يقيم صاحب الواقعة بينة يشهدون على حكم القاضي فلان ليكتب له القاضي الثاني أنه اتصل به حكم الأول ونفذه. فإن قلت: القاضي إذا قضى بشيء في حادثة بعد

قوله: **(وقولهم لا ينقض الحكم في المجتهدات الخ)** قال الرملي: يجب أن يقيد ذلك بما إذا لم يقيده السلطان بمذهب، أما إذا قيده بمذهب كما إذا قال له أو كتب في منشوره وليتك لتحكم بين الناس بما صح أو بالصحيح من مذهب أبي حنيفة مثلاً فلا ينفذ قضاؤه بغيره لما تقرر أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والأشخاص والحوادث فتنبه لذلك قوله: **(وكتبنا في الفوائد الفقهية أن القاضي الخ)** نقله في النهر عن المؤلف ثم قال: ولم أجده لغيره قوله: **(التنافيذ الواقعة الخ)** قال

....

دعوى هل يكون قضاء فيما هو من لوازمه وإن لم يعلم به القاضي؟ قلت: لا لما في قضاء البزازية في فصل فسخ اليمين المضافة: وإن زوّجه رجل امرأة بلا أمره وأجاز بالفعل ثم طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بنفسه ثم ترافعا إلى القاضي، فإن أعلمه بتقدم نكاح الفضولي فقضى بالنكاح صح ويكون قد قضى ببطلان اليمين وبطلان نكاح الفضولي وببطلان الثلاث بعده، وإن لم يعلم بتقدم النكاح يعلمه حتى يقضي في موضع الاجتهاد، ويقصد بالقضاء اليمين المضافة ونكاح الفضولي ا هـ. ثم قال: وروي عن الإمام الثاني فيمن قال كل امرأة يتزوجها فهي طالق فتزوّج امرأة وهو لا يرى الوقوع فرفعته امرأته إلى قاضٍ لا يرى الوقوع فقضى بصحة النكاح ثم تحوّل رأي الرجل إلى الوقوع فتزوج امرأة أخرى بعدها، فإنه يمسك الأول ويعمل برأيه الحادث في الحادثة فيفارقها لأن القاضي إنما قضى بإبطال الطلاق في الأولى بالاجتهاد فنفذ قضاؤه فبعد ذلك بتحول رأيه لا يملك نقض رأيه ذلك، وأما الحادثة فيثبت عليها الحل الآن ولم يجر عليها حكم القاضي فيعمل برأيه. والحيلة فيه أن يتزوج امرأة بعد فسخ ويدعي عند القاضي أنها زوجته بحكم الفسخ على امرأة أخرى وتزعم المرأة أنها عليه حرام أخذاً بمذهب الثاني فيترافعان إلى القاضي الحنفي فيحكم القاضي الحنفي بأنها زوجته بمذهب محمد ا هـ. فقد علمت من ذلك كثيراً من المسائل، فإذا قضى شافعي بصحة بيع

الرملي: سيأتي أيضاً في شرح قوله «وأمضى القاضي حكمه» اهـ. قلت: وتقدم أيضاً في البحث السادس أوّل كتاب القضاء قوله: **(فقضى بالنكاح)** أي الثاني قوله: **(أن يتزوّج امرأة بعد فسخ)** أي بعد فسخ اليمين تأمل قوله: **(فإذا قضى شافعي الخ)** قال المؤلف في بعض رسائله وفي القاسمية: أما كون الحكم حادثة فاحتراز عما لم يحدث بعد كما لو حكم بموجب إجارة لا يكون حكماً بالفسخ بموت أحد المتؤاجرين، وكما له حكم بموجب بيع عقار لا يكون حكماً باستحقاق شفعة الجوار لأنه لم توجد فيه خصومة، وأما الخصومة الصحيحة فهي الدعوى المشتملة على شرائط الصحة اهـ. وذكر فيها أيضاً أن اشتراط تقدم الدعوى والحادثة مجمع عليه ثم قال فيها وقال الشيخ محب الدين أحمد بن نصر الله البغدادي قاضي قضاة الحنابلة في رسالة: وأما الحكم بالموجَب ـ بفتح الجيم ـ فمعناه الحكم بموجب الدعوى الثابتة بالبينة أو غيرها. هذا هو معنى الموجب ولا معنى له غيره فينظر في الدعوى فإن كانت مشتملة على ما يقتضي صحة العقد المدعى به كان الحكم بموجبها حكماً بالصحة، وإن لم تشتمل على ما يقتضي صحة العقد المدعى به لم يكن الحكم حكماً بصحة العقد، والحكم بالموجب حكم على العاقد بما ثبت عليه من العقد لا حكم بالعقد اهـ. وتمام ذلك في رسالة المؤلف ورأيت في كلام بعض المحققين من الشافعية أن الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء وهو والمقتضى مختلفان خلافاً لمن زعم اتحادهما إذ المتقضى لا ينفك والموجب قد ينفك، فالأوّل كانتقال الملك للمشتري بعد لزوم البيع، والثاني كالرد بالعيب والموجب أعم أي لأنه الأثر اللازم سواء كان ينفك أو لا. وذكر أن الحكم بالموجب يتضمن الحكم بالصحة لأنه لولا صحة العقد ما ترتبت عليه تلك

....

عقار وموجبه لا يكون حكماً منه بأن لا شفعة للجار لعدم حادثتها، وكذا إذا قضى حنفي لا يكون حكماً بأن الشفعة للجار وإن كانت الشفعة من مواجبه لأن حادثتها لم توجد وقت الحكم ولا شعور للقاضي بها، وكذا إذا قضى مالكي بصحة التعليق في اليمين المضافة لا يكون حكماً بأنه لا يصح نكاح الفضولي المجاز بالفعل لعدمه وقته فافهم فإن أكثر أهل الزمان عنه غافلون. وشرط أن لا يخالف الكتاب والسنة والإجماع، فإن خالف واحداً منها لم يمضه، وإنما ينقصه لكونه ليس في محل الاجتهاد الصحيح وهو خلاف لا اختلاف، ومثال ما خالف الكتاب القضاء بحل متروك التسمية عامداً لقوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١] بناء على أنه شامل لذبائح المسلمين كالمشركين بناء على أن الواو في قوله تعالى «وأنه لفسق» للعطف، وأما إذا كانت للحال كانت مقيدة بما أهل به لغير الله لأن الفسق فسر به كذلك في قوله «أو فسقاً أهل به لغير الله» ولذا قال في التحرير: إن الواو تحتمل أن تكون حالاً فتكون قيداً للنهي عن أكل ما لم يذكر اسم الله عليه، ويحتمل أن يراد بما لم يذكر اسم الله عليه الميتة أو ما ذكر عليه اسم غير الله تعالى فإن الفسق هو ما أهل به لغير الله تعالى. ومثال ما خالف السنة أي المشهورة القضاء بشاهد ويمين فإنه مخالف للحديث المشهور «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»[1].

ومثال القضاء المخالف للإجماع القضاء ببيع أمهات الأولاد، والمراد من الإجماع ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي، ومن الغريب ما في الخلاصة: وأما القضاء بحل متروك التسمية عامداً فجائز عندهما وعند أبي يوسف لا يجوز ا هـ. وهو يدل على أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد عندهما لأنه يفيد الحل كما فهمه ابن الهمام لأنه لا خلاف عندنا في عدم الحل، والحق أنه من قبيل ما لا يسوغ فيه الاجتهاد عندنا لنقل الفقهاء والأصوليين بحيث شددوا

الآثار إذ لا يصح الشيء مع تخلف آثاره عنه، وكذا الحكم بالصحة يتضمن الحكم بالموجب فإذا حكم بصحة الشيء فقد حكم بترتب آثاره عليه. ثم ذكر أن التحقيق أن الحكم بالموجب وارد على الآثار نصاً ومنها الصحة بخلاف الحكم بالصحة فإنه يتناول الآثار ضمناً لا صريحاً فيكون الحكم بالموجب أعلى لتناوله جميع الآثار لأنه مفرد مضاف فيعم كل موجب لكنه خلاف المشهور قوله: **(لأنه لا خلاف عندنا في عدم الحل)** علة لقوله «ومن الغريب». والظاهر أنه علة لقوله «لا أنه يفيد الحل الخ». وفيه نظر، فإن عدم الخلاف عندنا في عدم الحل قبل حكم حاكم يحله، أما بعد حكم حاكم يراه ففيه خلاف وهو مانقله في الخلاصة وهذا مراد صاحب الفتح بإفادته الحل فإن ما في الخلاصة دل على أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد فإذا كان كذلك أفاد القضاء به الحل كما لا يخفى قوله: **(والحق أنه**

---

(١) رواه البخاري في كتاب الرهن باب ٦. الترمذي في كتاب الأحكام باب ١٢. ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ٧. بلفظ «فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه».

....

النكير على الشافعي في القول بحله حتى قال الأصوليون: إنه جهل لا يصلح عذراً لمخالفته الدليل القطعي. وقد ألفت فيها رسالة مشتملة على بيان الدلائل من الجانبين. وفي الهداية: المعتبر الاختلاف في الصدر الأول وهم الصحابة والتابعون، وعليه فرع الخصاف أن للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لمخالفته لإجماع التابعين. وقد حكى فيه الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد، أما على قولهما فيجوز قضاؤه وهو مبني على أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم؛ فعندهما لا يرفع، وعنده يرفع. وفي التقويم لأبي زيد أن محمداً روى عنهم أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز وتفرع على كون الخلاف في الصدر الأول شرطاً لكون المحل اجتهادياً ما قال بعضهم أن للقاضي أن يبطل ما قضى به المالكي والشافعي برأيه وفي الأقضية، وأصحابنا لم يعتبروا خلاف مالك والشافعي. وفي فتح القدير: وعندي أن هذا لا يعول عليه فإن صح أن مالكاً والشافعي وأبا حنيفة مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهادياً وإلا فلا، ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسألة اجتهادية بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك إذا لم يعرف الخلاف إلا بين هؤلاء الأئمة يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني أن الأب إذا خالع الصغيرة على صداقها ورآه خيراً لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فإن على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فإذا قضى به قاضٍ نفذ. وفي حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فإنها تعتد بعده بثلاثة أشهر فإذا قضى بذلك قاضٍ ينبغي أن ينفذ لأنه مجتهد فيه إلا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال: وهذه المسألة يجب حفظها فإنها كثيرة الوقوع ا هـ. ويؤيده أيضاً ما في الخلاصة: لو قضى في المأذون في نوع أنه لا يكون مأذوناً في الأنواع كلها نفذ ا هـ. وهو مذهب الشافعي.

من قبيل ما لا يسوغ فيه الاجتهاد عندنا) ذكر ابن أمير حاج في شرحه على التحرير من بحث الجهل آخر الكتاب بحثاً في هذا المحل جيداً حيث قال قلت: ثم لقائل أن يقول المجتهد فيه المعارض لمدلول هذه الأصول الثلاثة المحكوم بعدم اعتباره حتى إن القضاء به لا ينفذ، إما أن يكون معارضاً لما كان من الكتاب قطعي الدلالة غير منسوخ، أو ما كان من السنة كذلك متواتر الثبوت، أو ما كان من الإجماع قطعي الثبوت والدلالة وهذا لا شك فيه لكن في صدور هذا من المجتهد بعد عظيم لأن استحلال مخالفة كل من ذلك كفر، فلا ينبغي أن يكون المراد. وإما أن يكون معارضاً لما كان من الكتاب أو السنة ظني الدلالة سواء كانت السنة قطعية الثبوت أو لا، ومن الإجماع ما كان ظني الثبوت أو الدلالة وهذا في عدم نفاذ الحكم بمعارضه مطلقاً نظر ظاهر إلى أن قال: والذي يظهر أن القضاء بحل متروك التسمية عمداً وبشاهد ويمين المدعي ينفذ من غير توقف على إمضاء قاضٍ آخر وببيع أمهات الأولاد لا ينفذ ما لم يمضه قاضٍ آخر.

....

والحاصل أن كلامهم قد اضطرب في هذا الباب فتارة اعتبروا خلافهما، وأخرى لم يعتبروه. ويمكن أن يقال: إنهم إنما قالوا بالنفاذ في هذه المسائل لأجل خلاف سابق على مالك والشافعي لا بخلافهما خاصة. ثم أعلم أن صاحب الهداية نقل أولاً عبارة القدوري وهي: وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع أو يكون قولاً لا دليل عليه، وثانياً ما في الجامع الصغير قال: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاضٍ آخر يرى غير ذلك أمضاه ا هـ. فقال الشارحون: إنما ذكر عبارة الجامع بعد القدوري لفائدتين ليستا في القدوري: إحداهما تقييده بالفقهاء فأفاد أنه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا ينفذ، والثانية التقييد بكون القاضي يرى غير ذلك فإن القدوري لم يتعرض لذلك، فيحتمل أن يكون مراده أنه إذا كان رأيه في ذلك موافقاً الحكم الأول أمضاه، وإن كان مخالفاً له لا يمضيه فأبانت رواية الجامع أن الإمضاء عام فيما سوى المستثنيات، سواء كان ذلك موافقاً لرأيه أو لا. وتعقبهم في فتح القدير بأنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف وإنما مفاده أن ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الأمر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه أولاً فإنه أعم من كونه عالماً ثم جاء قاضٍ آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاه فربما يفيد أن الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فإن هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الأول الذي ينفذ هذا حكمه، وليس فيه دليل على أنه كان عالماً بالخلاف بطريق من طرق الدلالة، نعم في الجامع الصغير التنصيص على أنه ينفذه وإن كان خلاف رأيه، وكلام القدوري يفيده أيضاً فإنه قال: إذا رفع إليه حكم حاكم وهو أعم ينتظم ما إذا كان مخالفاً لرأيه أو موافقاً اهـ.

قوله: **(والحاصل أن كلامهم قد اضطراب الخ)** قال الرملي قال في جامع الفصولين بعد نقل ما يقتضي الاضطراب: فظهر أن فيه اختلاف مشايخنا قوله: **(ثم اعلم الخ)** مكرر مع ما قبله نعم في هذا بسوطة على ما مر قوله: **(وإنما مفاده إن ما اختلف فيه الفقهاء الخ)** «ما» الموصولة اسم «إن» و«اختلف» صلة الموصول وقوله «فقضى» معطوف عليه وقوله «فإنه أعم الخ» تعليل للتعميم بقوله عالماً أو لا، وقوله «ثم جاء» معطوف على «قضى» والإشارة بقوله «هذا» للقاضي الأوّل وقوله «أمضاه» خبر «إن» والضمير فيه عائد للقاضي الآخر. هذا وقد نقل في النهر كلام الفتح ملخصاً ثم قال: وأقره في الحواشي السعدية. وعندي فيه نظر وذلك أن الداعي لحمل المشايخ كلام محمد على ما مر أن شرطه أن يكون الحاكم عالماً بالاختلاف حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه يعني الثاني كما في الشرح وغيره. وجزم به في منية المفتى حيث قال: قضى في مجتهد فيه ولا يعلم بذلك لا ينفذ فإنه ذكر في السير الكبير: له مدبرون عتقوا بموته فأثبت رجل ديناً عليه فباعهم القاضي على ظن أنهم عبيد وقضى بجوازه ثم ظهر أنهم مدبرون بطل قضاؤه لعدم علمه بذلك حتى لو علم فاجتهد وأبطل التدبير جاز اهـ. فقوله «وما اختلف فيه

....

وأقول: لم يفهموا مراد صاحب الهداية أنما ذكر عبارة الجامع بعد القدوري ليفيد أن ما في الجامع لا استثناء فيه بل كل مسألة اختلفت فيها الفقهاء فإنها تصير محل اجتهاد، فإن قضى قاض بقول ارتفع الخلاف، وأما عبارة القدوري فاستثناء كما علمت. وإذا علمت ذلك فما ذكره أصحاب الفتاوى من المسائل التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي لمخالفة كتاب أو سنة مشهورة أو إجماع إنما هو على عبارة القدوري، وأما على ما في الجامع فلا. وعلمت من هنا أن من قال لا اعتبار بخلاف مالك والشافعي اعتمد قول القدوري، ومن قال باعتبار خلافهما اعتمد ما في الجامع. وهذا لم أسبق إليه وإنما رأيت في الواقعات الحسامية ما يفيده قال قال الفقيه أبو الليث: رواية محمد أن كل شيء اختلف فيه الفقهاء فقضى القاضي بذلك جاز قضاؤه ولم يكن لقاض آخر أن يبطله ولم يذكر فيه الاختلاف وبه نأخذ. قلت: هذا خلاف ما ذكره في شرح أدب القاضي المنسوب إلى الخصاف أن القضاء في موضع الاختلاف يجوز، وفي موضع الخلاف لا يجوز. أراد بالأوّل ما كان فيه خلاف معتبر كالخلاف بين السلف، وأراد بموضع الخلاف ما لم يكن معتبراً ولم يعتبر بخلاف الشافعي. قال أستأذنا: الفتوى على تفاصيل أدب القاضي ا هـ. فهذه العبارة أزالت اللبس وأوضحت كل تخمين وحدس. والحاصل أن الفتوى على عبارة القدوري وتفاصيل الخصاف فلهذا السر أورد صاحب الهداية ما في الجامع بعد القدوري، فالآن نذكر المواضع التي نص أهل المذهب على مسائل لا ينفذ القضاء فيها أخذاً من كلام الخصاف وقد ذكرناها في الفوائد الفقهية ولا بأس بسردها تكميلاً للفائدة هنا. قضى ببطلان الدعوى بمضي سنين، أو فرق بين الزوجين لعجزه عن النفقة حال غيبته، أو حكم بصحة نكاح مزنية أبيه أو ابنه أو بصحة نكاح أم مزنيته أو بنتها، أو بصحة نكاح المتعة أو بسقوط المهر بلا بينة أو إقرار أخذاً بقول البعض، إن قدم النكاح يوجب سقوط المهر، أو بعدم تأجيل

الفقهاء فقضى به القاضي» أي بما اختلف فيه الفقهاء يعني عالماً باختلافهم ليصح قوله أمضاه إذ قد علمت أنه مع غير العلم لا يمضيه. فإن قلت في الخلاصة هذا الشرط وإن كان ظاهر المذهب لكن يفتى بخلافه قلت: كلام محمد إنما هو مبني على ظاهر المذهب اهـ. أقول: لا يخفى أن حاصل كلامه أن الذي أفاد اشتراط العلم بالخلاف هو قوله «أمضاه» وذلك لا يدفع رد ابن الهمام على الشارحين في دعواهم أنه مستفاد من التقييد بالفقهاء، نعم يدفع تعميمه بقوله عالماً أو غير عالم بعد تسليم أن كلام محمد مبني على ظاهر المذهب لا على المفتى به تأمل. قوله: **(وأقول لم يفهموا مراد صاحب الهداية الخ)** نقله في النهر وأقره وعبارة الواقعات أدل دليل عليه فجزاه الله تعالى خيراً حيث حقق المقام وأبان المرام.

قوله: **(أو بسقوط المهر)** صورته أن المرأة متى لم تخاصم زوجها في المفروض حتى مضت مدة طويلة ثم خاصمته يبطل حقها في الصداق والقاضي لا يلتفت إلى خصومتها: شرح أدب القضاء

....

العنين، أو بعدم صحة الرجعة بلا رضاها، أو بعدم وقوع الثلاث على الحامل، أو بعدم وقوع الثلاث على غير المدخولة، أو بعدم وقوع الطلاق في طهر جامعها فيه، أو بنصف الجهاز لمن طلق امرأته قبل الدخول بها بعد قبض المهر والتجهيز، أو بالشهادة على خط أبيه أو بشاهد ويمين، أو في الحدود والقصاص بشهادة رجل أو امرأتين، أو بما في ديوانه، وقد نسي وبشهادة شاهد على صك لم يذكر ما فيه إلا أنه يعرف خطه وخاتمه أو بشهادة من شهد على قضية مختومة من غير أن تقرأ عليه، وبقضاء المرأة في حد وقود بقضاء عبد أو صبي أو نصراني، أو في قسامة بقتل، أو فرق بين الزوجين بشهادة واحدة على الرضاع، أو قضى لولده بشهادة الأجانب أو حكم بالحجر على مفسد مستحق له، أو بصحة بيع نصيب الساكت من قن حرره أحد الشريكين معسراً. وبجواز بيع متروك التسمية عامداً، أو بجواز بيع أم الولد أو ببطلان

قوله: **(أو بعدم وقوع الثلاث على غير المدخولة)** قال في المنح بعد هذا: أو بعدم وقوع طلاق الحائض أو بعدم وقوع الزائد على الواحد أو بعدم وقوع الثلاث بكلمة أو بعدم وقوع الطلاق في طهر الخ. والظاهر أن هذا سقط من الناسخ وعبارة شرح أدب القضاء أوضح وهي قوله قال: وكذلك رجل طلق زوجته ثلاثاً وهي حبلى أو حائض أو قبل أن يدخل بها فقضى قاضٍ بإبطال ذلك أو أبطل بعضه فرفع إلى قاض آخر لا يرى ذلك فإنه يبطل قضاء القاضي بذلك وينفذ على الزوج ما كان منه لأن على قول أهل الزيغ إذا أوقع الثلاث وهي حبلى أو في حالة الحيض أو في طهر جامعها فيه لا يقع أصلاً، وعلى قول الحسن البصري إذا أوقع الثلاث تقع واحدة لكن كلا القولين باطل لأنه مخالف للكتاب قال الله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد﴾ [البقرة: ٢٣٠] الآية. من غير فصل والمراد منه الطلقة الثالثة فمن قال لا يقع شيء أو تقع واحدة فقد أثبت الحل للزوج الأوّل بدون الزوج الثاني وهو مخالف للكتاب، فإذا قضى القاضي لا ينفذ فإذا رفع إلى قاضٍ آخر كان له أن يبطله اهـ. أقول: وبهذا يعلم أن ما ذكر في الفتاوى المنسوبة إلى ابن كمال باشا من وقوع طلقة واحدة لو طلقها ثلاثاً وهي حائض أو حبلى أو غير مدخول بها باطل لا يعوّل عليه فتنبه قوله: **(أو بالشهادة على خط أبيه)** صورته أن الرجل إذا مات فوجد ابنه خط أبيه في صك علم يقيناً أنه خط أبيه يشهد بذلك الصك لأن الابن خليفة الميت في جميع الأشياء؛ شرح أدب القضاء قوله: **(أو في قسامة بقتل)** قال الرملي: أي قضى بما فيه القسامة بالقتل اهـ. قوله: **(أو حكم بالحجر على مفسد)** قال في شرح أدب القضاء: ولو أن قاضياً حجر على رجل فاسد يستحق الحجر فجاء قاضٍ آخر فأطلق حجره وأجاز ما صنع كان إطلاقه جائزاً، وما صنع في ماله من شراء أو بيع قبل إطلاقه وبعد إطلاقه عنه جاز لوجهين: أحدهما أن الأول ليس بقضاء لعدم المقضى له والمقضى عليه بل فتوى منه فكان للثاني أن لا يعمل به فيطلق. والثاني إن كان قضاء فنفس القضاء مجتهد فيه فلا يكون حجراً منه بل يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر إن أمضاه نفذ وصار قول القاضي. الثاني بياناً في محل مجتهد والبيان من الثاني في محل مجتهد. يكون بمنزلة القضاء في محل مجتهد ولو قضى في محل مجتهد فيه ينفذ قضاؤه ولا يكون

. . . .

عفو المرأة عن القود بناء على قول البعض أنه لا حق لهن فيه أو بصحة ضمان الخلاص وألزمه تسليم الدار عند الاستحقاق أو بالزيادة في معلوم الإمام من أوقاف المسجد، أو بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملاً بقول سعيد، أو بعدم تملك الكفار مال المسلم المحرر بدارهم أو بجواز بيع درهم بدرهمين أخذاً من قول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، أو بصحة صلاة المحدث أو بالقسامة على أهل المحلة بتلف المال قياساً على النفس، أو بحد القذف بحكم التعريض، أو بقرعة في رقيق أعتق الميت منهم واحداً، أو بعدم جواز تصرف المرأة في مالها بغير إذن زوجها. وهذه المسائل منقولة من البزازية وجامع الفصولين والخانية والقنية والصيرفية. وفي الأشباه والنظائر للأسيوطي معزياً إلى فتاوى السبكي أن قضاء القاضي ينقض عند الحنفية إذا كان حكماً لا دليل عليه قال: وما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص وهو حكم لا دليل عليه سواء كان نصه في الوقف نصاً أو ظاهراً ا هـ. وهذا موافق لقول مشايخنا كغيرهم «شرط الواقف كنص الشارع» فيجب اتباعه كما صرح به في شرح المجمع للمصنف. وهذا كله إذا كان الاختلاف في المقضى به، أما إذا كان في نفس القضاء ففيه روايتان: في رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لأن محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فإذا قضى فحينئذ يوجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجح أحدهما، وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة. كذا ذكر الشارح. وفي فتح القدير من باب المفقود: إذا رأى القاضي المصلحة في القضاء على الغائب أو له فحكم فإنه لا ينفذ لأنه مجتهد فيه فإن قيل: ينبغي أن لا ينفذ حتى يمضيه قاضٍ آخر لأن نفس القضاء مجتهد فيه كما لو كان القاضي محدوداً في قذف فإن نفاذ قضائه موقوف على أن يمضيه قاضٍ آخر. أجيب بمنع أنه من

للثاني أن يرده فكذا إذا بين الثاني لا يكون للثالث أن يرده، فإذا رد القاضي الثاني القضاء الأول بطل فلا يكون للثالث أن ينفذه وصار هذا نظير القاضي إذا قضى في حادثة وهو محدود في قذف فإن هذا القضاء لا يكون حجة حتى يتصل به الإمضاء من القاضي الثاني اهـ. وأنت خبير بأن كلامنا فيما لا ينفذ القضاء فيه والقضاء بالحجر لا ينفذ كما علمت من أنه فتوى لكن لو نفذه قاضٍ آخر نفذ.

قوله: **(أو بصحة ضمان الخلاص)** يريد به أن الإنسان يبيع داره من إنسان ويضمن له الخلاص أو غير البائع يضمن له الخلاص وتفسيره أنه لو جاء مستحق واستحقها فهو ضامن للخلاص يستخلص الدار من يد المستحق إما شراء أو هبة أو بوجه من الوجوه، فإذا ضمن كذلك ثم ظهر الاستحقاق فرفع إلى قاض آخر يرى ذلك الضمان صحيحاً فقضى عليه بتسليم الدار ثم رفع إلى آخر لا يراه فإنه يبطله لأنه شرط لا يقدر على الوفاء به، وهذا التفسير قول أبي حنيفة واختيار الخصاف، وأما عندهما فهو والعهدة والدرك واحد وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وتمامه في شرح أدب القضاء قوله: **(أو بحد بحكم التعريض)** كقوله لآخر أما أنا فلست بزان قوله: **(ليعم**

....

ذلك بل المجتهد سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أم لا، فإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف وفي الخلاصة الفتوى على هذا ا هـ. فقد اختلف الترجيح. وفي فتح القدير في شرح قوله «ولا يقضى على غائب»: والذي يقتضيه النظر أن نفاذ القضاء على الغائب موقوف على تنفيذ قاضٍ أخر لأن نفس القضاء مجتهد فيه ا هـ. وسيأتي إيضاحه قريباً. وفي الإصلاح: ويمضي حكمَ قاضٍ. قال في الإيضاح: لم يقل حاكم احترازاً عن الحكم لأن الحكم فيه غير هذا ولم يقيده بقوله «آخر» ليعم حكم نفسه قبل ذلك ا هـ.

قوله: **(وينفذ القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهراً وباطناً لا في الأملاك المرسلة)** أي المطلقة وهي التي لم يذكر لها سبب معين، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا ينفذ إلا ظاهراً لأن شهادة الزور حجة ظاهراً فصار كما لو كان غير أهل لها، وله قول علي رضي الله عنه لتلك المرأة شاهداك زوجاك ولأن القضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطناً كان تمهيداً لها. وفي فتح القدير: وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين فليس بشيء ا هـ. يعني باعتبار أن الكذب ليس هو في الأخبار بالفرقة وإنما هو في الرمي بالزنا أو نفي الولد. وقال الفقيه أبو الليث: الفتوى على قولهما. وفي فتح القدير من النكاح: وقول أبي حنيفة هو الوجه. ومن فروع المسألة: ادعى على امرأة نكاحاً وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين عنده، وكذا إذا ادعت نكاحاً على رجل وهو يجحد ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور حل للمنكر وطؤها، وكذا في الفسوخ بالبيع والإقالة ومنها: ادعت أنه طلقها ثلاثاً وهو ينكر وأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر بعد العدة حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال وحل لأحد الشاهدين أن يتزوّجها ويطأها ولا يحل للأول وطؤها ولا يحل لها تمكينه. ومن صور التحريم: صبي وصبية سبيا فكبرا وأعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حربي مسلماً وأقام بينة أنهما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة، فإن رجع الشهود أو تبين أنهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لأن القضاء بالحرمة نفذ باطناً وظاهراً، ومحمد في هذا الفرع مع أبي

حكم نفسه قبل ذلك) أي الحكم الصادر منه قبل ذلك الحكم وفي الفواكه البدرية خلافه حيث قال: فإن قيل هل يجوز للقاضي الأول أن يحكم بصحة الحكم الصادر منه المختلف فيه أو الطريق الواقعة عنده المختلف فيها ويكون هذا رافعاً للخلاف في ذلك ولا يحتاج في نفوذه على المخالف إلى قاضٍ آخر موافق للقاضي الأول في المذهب أم ليس له ذلك؟ والجواب أنه لا يجوز لأنه غير ممكن شرعاً إذ القاضي لا يقضي لنفسه بالإجماع فلا بد في نفوذه على المخالف من إمضاء قاضٍ آخر موافق لمذهبه إلى آخر ما قرره فتأمل قول المصنف: **(وينفذ القضاء)** انتهت إلى هنا كتابة النهر ولا حول ولا قوة إلا بالله المستعان على كل أمر ونسأله التيسير لكل عسير.

....

حنيفة لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود. كذا في فتح القدير. وفي الولوالجية: وأثم الشاهدان إثماً عظيماً وللنفاذ باطناً عنده شرطان: الأول عدم علم القاضي بكذبهم فلو علم القاضي كذب الشهود لم ينفذ؛ ذكره في فتح القدير من النكاح. الثاني كون المحل قابلاً فإذا كانت المرأة تحت زوج أو كانت معتدة أو مرتدة أو محرمة بمصاهرة أو برضاع لم ينفذ لأنه لا يقبل الإنشاء، وإنما لا يشترط حضور الشهود للنكاح على قول بعض المشايخ. وفي شرح الجامع لقاضيخان: ولم يشترط محمد حضور الشهود. وذكر الزعفراني أنه شرط وبه أخذ عامة المشايخ ا هـ. فالمعتمد الاشتراط وإذا قلنا بعدمه وهو أوجه كما في فتح القدير من النكاح فوجهه أنا نجعل حكم الحاكم إنشاء مقتض في ضمن صحة القضاء والثابت اقتضاء لا تراعى فيه شرائطه، وكذا لا يشترط قبض رأس المال وبدل الصرف قبل الافتراق كما في القنية. قيد بشهادة الزور لأن القاضي لو قضى بشهادتهم فظهر أنهم عبيد أو كفار أو محدودون في قذق لم ينفذ إجماعاً لأنها ليست بحجة أصلاً بخلاف الفساق على ما عرف، ولإمكان الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة. وقيد بالشهادة لأن القضاء باليمين الكاذبة لا ينفذ قالوا: لو ادعت أن زوجها أبانها بثلاث فأنكر فحلفه القاضي فحلف والمرأة تعلم أن الأمر كما قالت لا يسعها الإقامة معه ولا أن تأخذ من ميراثه شيئاً، وهذا لا يشكل إذا كان ثلاثاً لبطلان المحلية للإنشاء قبل زوج آخر وفيما دون الثلاث مشكل لأنه يقبل الإنشاء. وأجيب بأنه يثبت إذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يقض به لاعترافهما به وإنما ادعت الفرقة؛ كذا ذكر الشارح. وفي الخلاصة: ولا يحل وطؤها إجماعاً. وفي البزازية قبيل الإيمان: سمعت بطلاق زوجها إياها ثلاثاً ولا تقدر على منعه إلا بقتله إن علمت أنه يقربها تقتله بالدواء ولا تقتل نفسها. وذكر الأوزجندي أنها ترفع الأمر إلى القاضي فإن لم يكن لها بينة تحلفه فإن حلف فالإثم عليه، وإن قتلته فلا شيء عليها والبائن كالثلاث ا هـ. وأطلق في العقود فشمل عقود التبرعات قالوا: وفي الهبة والصدقة روايتان. وكذا في البيع بأقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطناً لأن القاضي لا يملك إنشاء التبرعات في ملك الغير والبيع بالأقل تبرع من وجه وإطلاق الكتاب يقتضي أن المعتمد النفاذ فيها باطناً أيضاً لأن النفاذ في ضمن صحة القضاء فلا يشترط فيه شرائطه ولا يختص بمحل والبيع بالأقل يملكه من لا يملك التبرع كالمكاتب والعبد المأذون.

وفي إيضاح الإصلاح: أراد بالفسخ إبطال العقود بأي وجه كان فيعم الطلاق ا هـ. وليس بصحيح لأن الطلاق لا يبطل النكاح وإنما يرفع القيد الثابت بالنكاح فالأولى أن يقال أراد بالفسخ ما يرفع حكم العقد فيشمل الطلاق كما لا يخفى. وفي القنية: ادعى عليه جارية أنه اشتراها بكذا فأنكر فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول تحل الجارية للمدعي ديانة وقضاء كما في شهادة الزور ا هـ. فعلى هذا القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور، وظاهر اقتصاره على نفي الأملاك المرسلة أنه لا ينفذ باطناً في النسب وقدمنا أنه ينفذ فيه وصرح به الولوالجي

. . . .

فقال: إذا شهدوا زوراً أنه أقر أن أمته بنت له فجعلها القاضي بنتاً له تثبت جميع أحكام البنتية عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الأول، ولا يحل له أن يطأها وترث منه، وهذا بناء على أن القضاء بالنسب بشهادة الزور هل ينفذ باطناً فهو على الاختلاف ا هـ. وفي المحيط: ومن مشايخنا من قال القضاء بالنسب بشهادة الزور لا ينفذ باطناً بالإجماع، ونص الخصاف على أنه ينفذ عند أبي حنيفة ففي النسب والهبة عن أبي حنيفة روايتان، وكان هذا حيلة لمن لا وارث له أن يثبت النسب من نفسه بأن يدعي شخصاً مجهول النسب أنه ابنه أو ابنته ويقيم على ذلك شاهدي زور فيقضي القاضي بالنسب له ا هـ ما في المحيط. وفيه: والشهادة بعتق الأمة كالشهادة بطلاق المرأة ا هـ. قلت: وينبغي أن يكون الشهادة بالوقف كالعتق ولم أر نقلاً في الشهادة بأن الوقف ملك أو بتزوير شرائط الوقف أو بأن الواقف أخرج فلاناً وأدخل فلاناً زوراً إذا اتصل به القضاء، وظاهر ما في الهداية أن ما عدا الأملاك المرسلة فإنه ينفذ باطناً حيث قال: وكل شيء قضى به القاضي إلى آخره بناء على أن التحريم يشمل القصدي والضمني خصوصاً إذا قلنا بأن الوقف من قبيل الإسقاط فهو كالطلاق والعتاق، فعلى هذا فاللقب ليس بعام لخروج النسب عن العقود والفسوخ مع أن في دخول الطلاق والعتاق تحت الفسخ إشكالاً لأن الطلاق مقابل الفسخ لأن الفسخ لا ينقص العدد والطلاق ينقصه، وقدمنا ما في الإيضاح. وقولهم إن المسألة ملقبة بالقضاء بالعقود والفسوخ يقتضي أن لا ينظر فيه إلى المعنى لكونه علماً فيه ولو حذف الأملاك لكان أولى ليشمل ما إذا شهدوا بزور بدين لم يبينوا سببه فإنه لا ينفذ، وإذا لم ينفذ باطناً في الأملاك المرسلة لم يحل للمقضى له الوطء والأكل واللبس وحل للمقضى عليه لكن يفعل ذلك سراً لأنه لو فعله جهراً فسقه الناس أو عزروه؛ كذا في الولوالجية. واعلم أن الإرث حكمه حكم الأملاك المطلقة فلا ينفذ القضاء بالشهود زوراً فيه باطناً اتفاقاً وإن كان ملكاً بسبب وسيأتي الاختلاف في باب اختلاف الشاهدين في أن الإرث مطلق أو بسبب والمشهور أنه مطلق.

واختار في الكنز أنه بسبب ولذا قال في البدائع في الجواب عن حديث البخاري مرفوعاً «إنما أنا بشر فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار» أنه قاله عليه الصلاة والسلام في مواريث درست والميراث ومطلق الملك سواء في الدعوى وبه نقول ا هـ. ثم اعلم أنهما لما قالا بعدم النفاذ باطناً اختلفا فقال محمد: لا يحل للزوج الأوّل. وقال أبو يوسف: يحل للزوج الأوّل وطؤها في الظاهر، وأما في الباطن فلا يحل لأن قول

قوله: **(حيث قال وكل شيء قضى به القاضي الخ)** عبارة الهداية: وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك قوله: **(فقال محمد لا تحل وقال أبو يوسف يحل للزوج الأوّل وطؤها)** كذا في بعض النسخ وفي أغلب النسخ: فقال محمد يحل للزوج الأوّل وطؤها، وقال

....

أبي حنيفة بوقوع الفرقة باطناً صار شبهة له فيحرم الوطء احتياطاً وصار كما إذا تزوّج امرأة ثم طلقها ثلاثاً ثم تزوّجها بعد ذلك كره محمد له أن يطأها قبل المحلل بقول أبي حنيفة؛ كذا في الولواجية. وفيها: ولو تزوجها الثاني ودخل بها وفارقها وانقضت عدتها فلا بأس أن يتزوّجها الأوّل، أما عندهما فلأن نكاح الأوّل قائم لكنهما يجددان النكاح حتى لأيتهما، وأما عند أبي حنيفة فإن الفرقة بالثلاث واقعة فيكون الزوج الثاني مثبتاً للحل، هذا إذا فارقها الزوج الثاني بطلاق باختياره، فأما إذا شهدا عليه زوراً بالثلاث وقضى القاضي بالفرقة حل لها أن تتزوّج من شاءت من الزوج الأوّل والشاهدين عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأوّل، وعند أبي يوسف الآخر وهو قول محمد لا يحل لأنها كانت منكوحة الأوّل فلا تتزوّج إلا من الأوّل ا هـ. وأشار المصنف إلى أن قضاء القاضي يحل ما كان حراماً في معتقد المقضى له ولذا قال في الولواجية: ولو قال لها أنت طالق ألبتة فخاصمها إلى قاضٍ يراها رجعية بعد الدخول فقضى بكونها رجعية والزوج يرى أنها بائنة أو ثلاثاً فإنه يتبع رأي القاضي عند محمد فيحل له المقام معها. وقيل: إنه قول أبي حنيفة. وعلى قول أبي يوسف لا يسعه المقام معها وإن ترافعا إلى قاضٍ آخر بعد القضاء الأوّل فإنه لا ينقضه وإن كان على خلاف رأيه. وهذا إذا قضى له، فإن قضى عليه بالبينونة أو الثلاث والزوج لا يراه يتبع رأي القاضي إجماعاً. وهذا كله إذا كان الزوج عالماً له رأي واجتهاد، فإن كان عامياً اتبع رأي القاضي سواء قضى له أو عليه. وهذا إذا قضى له، أما إن أفتى له فهو على الاختلاف السابق لأن قول المفتي في حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده؛ كذا في الولواجية. وفي آخر النتف: اعلم أن القضاء لا يهدم القضاء والرأي لا يهدم الرأي والقضاء يهدم الرأي والرأي لا يهدم القضاء مثلا الأوّل ظاهر، وأما

أبو يوسف لا يحل وهو الصواب. وقوله في الظاهر صوابه في الباطن وقوله «وأما في الباطن فلا يحل» الصواب إسقاطه والاقتصار على التعليل. وعبارة الولواجية هكذا: وأما الزوج الأوّل عند أبي حنيفة لا يحل له وطؤها في الظاهر، وأما في الباطن عند محمد يحل، وعند أبي يوسف لا يحل لأن قول أبي حنيفة الخ اهـ ملخصاً. وقوله «وصار كما إذا تزوّج امرأة الخ» هكذا رأيته في الولواجية كما هنا فتأمله ولعل معنى قوله ثم طلقها ثلاثاً أي شهدا زوراً بطلاقها ثلاثاً. ثم رأيت المسألة في شرح أدب القضاء حيث قال: إذا تزوج امرأة بغير ولي ثم طلقها ثلاثاً الخ. فسقط من عبارة الولواجية قوله «بلا ولي» فوقع الخلل قوله: **(من الزوج الأوّل والشاهدين عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأوّل)** كذا في الولواجية وفي بعض النسخ من الزوج الأول والثاني عند أبي يوسف الأول قوله: **(فإنه يتبع رأي القاضي عند محمد الخ)** قال في الفتح: والوجه عندي قول محمد لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالاً إنما يمنعه من القربان قبل القضاء، أما بعده وبعد نفاذه باطناً كما فرضت المسألة فلا اهـ قوله: **(فإن كان عامياً)** ظاهر المقابلة أن المراد بالعامي غير المجتهد سواء كان عالماً أو جاهلاً.

الأملاك المرسلة ولا يقضى على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي

مثال الثاني فإن يعتقد الثلاث في قوله أنت طالق ألبتة فإنها تحرم عليه فإن تحول رأيه إلى أنها رجعية لم تحل. ومثال الثالث أن يحكم القاضي بكونها رجعية فإن هذا القضاء يهدم رأيه من أنها ثلاث. ومثال الرابع إذا قضى قاضٍ ثم تحول رأيه فإنه لا ينقض ما مضى لأن الرأي لا يهدم القضاء وإنما يعمل برأيه في المستقبل ا هـ مختصراً.

قوله: **(ولا يقضى على غائب)** أي لا يصح القضاء على غير خصم حاضر لقوله عليه الصلاة والسلام لعلي «لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي»[1] رواه أحمد وأبو داود والترمذي. ولأن القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الإنكار فلا يصح؛ كذا ذكره الشارح. وصرح في فتح القدير بأن حضرة الخصم ليتحقق إنكاره شرط لصحة الحكم. وفي البزازية من القضاء: قضى للغائب أو عليه لا يصح إلا أن يكون عنه خصم حاضر ا هـ. فلذا فسرنا كلام المصنف بعدم الصحة لا بعدم الحل والأولى أن يفسر بعدم النفاذ لقولهم إذا نفذه قاض آخر يراه فإنه ينفذ، وقدمنا خلاف التصحيح في نفاذ القضاء على الغائب فصحح الشارح عدمه، وفي الخلاصة والبزازية الفتوى على النفاذ ورجح الأول في فتح القدير وأنه لا بد من إمضاء قاضٍ آخر لأن الاختلاف في نفس القضاء. وفي البزازية من القضاء قال الإمام ظهير الدين: في نفاذ القضاء على الغائب روايتان ونحن نفتي بعدم النفاذ كيلا يتطرقوا إلى إبطال مذهب أصحابنا ا هـ. والقائب بأن الفتوى على النفاذ خواهرزاده. وفي منية المفتي: القضاء على الغائب بلا خصم فيه روايتان ويفتى بعدم النفاذ، وقيل إن رآه قاضٍ فقضى به ينفذ ا هـ. لكن اشتبه على كثير أن قولهم الفتوى على النفاذ أعم من كون القاضي شافعياً يراه أو حنفياً لا يراه وهو إنما هو فيمن يراه والظاهر أنه في حق من يراه لإجماع الحنفية على أنه لا يقضى على غائب كما ذكره

قوله: **(فلذا فسرنا كلام المصنف بعدم الصحة)** قال الرملي: هذا لا يتأتى على القول بأن الخلاف في حل الأقدام لا في حل النفاذ فتنبه قوله: **(كيلا يتطرقوا إلى إبطال مذهب أصحابنا)** قال الرملي: فإن قلت ما وجه التطرق إلى إبطال المذهب في هذه المسألة دون غيرها من الخلافيات؟ قلت: لم أر من ذكر وجهه ويمكن أن يقال: لأن القضاء لا يخلو إما على حاضر أو على غائب، فإذا فتح باب القضاء على الغائب فقد ترك منه النصف بخلاف غيرها من المسائل الخلافية والله تعالى أعلم قوله: **(والظاهر أنه في حق من يراه الخ)** لم يذكر ما لو كان ممن لا يراه الحنفي، ولا شك أنه يجري فيه الكلام المار فيما لو قضى في المجتهد فيه مخالف لرأيه من كونه ناسياً أو عامداً وما فيه من الخلاف بين الإمام وصاحبيه واختلاف الترجيح وأن هذا في غير قضاة زماننا. قال الرملي في جامع الفصولين

(١) رواه أبو داود في كتاب الأقضية باب ٦. أحمد في مسنده (١/ ١١١، ١٤٩، ١٥٠).

....

الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء، ولو كان أعم للزم هدم مذهب أصحابنا، والعجب من البزازي حيث قال في الفتاوى من المفقود: وهل ينصب القاضي وكيلا على الغائب وعن الغائب عندنا لا يفعل أما لو فعل بأن حكم على الغائب نفذ إجماعاً لأن المجتهد سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة بلا خصم حاضر للقضاء أم لا؛ فإذا رآها حجة وحكم نفذ كما لو حكم بشهادة الفساق وعليه الفتوى ا هـ. فإن دعوى الإجماع ليست بصحيحة وهو مسبوق بها عن خواهرزاده. وفي قوله «فإذا رآها حجة» إشارة إلى أنه ممن يرى القضاء على الغائب فخرج الحنفي المقلد ولقد صدق العلامة محمود حيث قال في جامع الفصولين: قد اضطرب آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب وعليه ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر يبني عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال، فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى بحسبها جوازاً أو فساداً ا هـ. والذي ظهر لي من

قنية مج: ليس للقاضي أن يقضي بالفرقة بسبب العجز عن النفقة. وأجاب هو مراراً فيمن غاب عن امرأته وتركها بلا نفقة أنه لو قضى بالفرقة بسبب العجز عن النفقة ينفذ قال: وإنما فرقت بين الجوابين إذ الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله تعالى في حل الإقدام على القضاء فعنده يحل وعندنا لا يحل، ولا خلاف في النفاذ فالجواب الأوّل جواب عن الإقدام والثاني عن النفاذ مع حرمة الإقدام، ولا يشترط أن يكون شفعوي المذهب لأنه لا خلاف في نفاذ القضاء اهـ. فهو كما ترى صريح في أنه أعم وقوله فيما يأتي بعد أوراق ثلاث وفرقهم بين سبب وبين السبب والشرط أدل دليل على أن قولهم بنفاذ القضاء على الغائب في أظهر الروايتين إنما هو في قضاء الشافعي، وأما الحنفي فلا لأنه حينئذ لا معنى للفرق المذكور يرده ما تقدم من الخلاف في حل الإقدام فتأمل قوله: **(فإن دعوى الإجماع ليست بصحيحة)** أي لما مر من أن الفتوى على عدم النفاذ لكن مر أيضاً أن الفتوى على النفاذ وعليه مشى البزازي فيما مر فكلامه هنا مبني عليه تأمل قوله: **(فالظاهر عندي أن يتأمل الخ)** تمام عبارته: مثلاً لو طلق امرأته عند العدل فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه أو يعرف ولكن يعجز عن إحضاره أو عن أن تسافر إليه هي أو وكيلها لبعده أو لمانع آخر بأن كان لا يرضى أحد بالوكالة، وكذا المديون لو غاب عن البلد وله نقد في البلد أو نحو ذلك ففي مثل هذه المواضع لو برهن على الغائب بحيث اطمأن قلب القاضي وغلب ظنه أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه فينبغي أن يحكم على الغائب وللغائب، وكذا للمفتي أن يفتي بجوازه دفعاً للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع مع أنه مجتهد فيه ذهب إلى جوازه الشافعي ومالك وأحمد بن حنبل، وفيه روايتان عن أصحابنا، والأحوط أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعي جانب الغائب ولا يفرط في حقه فينصب الأولى ثم الأولى والله تعالى أعلم، وأقره في نور العين إصلاح جامع الفصولين قوله: **(ثم ظهر لي الخ)** قال الرملي: لا يظهر التخصيص بالمفقود في كلامهم بل الظاهر التعميم، ثم إذا لوحظ الحرج والضرورة يجب اعتبار عدم مراجعة الغائب وإحضاره حتى لو أمكن لا يصح لعدم الضرورة،

....

كلامهم أن المذهب عن أصحابنا عدم صحة القضاء على الغائب وأن القاضي الذي يراه إن قضى عليه فإنه يتوقف على الإمضاء لأن الاختلاف في نفس القضاء، وما عدا هذا من الأقوال من تصرفات بعض المشايخ. ثم ظهر لي بحمد الله ما يجب المصير إليه وهو أنهم إنما قالوا بأن الفتوى على النفاذ فيما إذا قضى على مفقود لا في مطلق الغائب، ويدل على الفرق بين المفقود وغيره ما في فتاوى قاضيخان من باب فصل القضاء في المجتهدات: رجل قدم رجلاً إلى قاض وقال إن لأبي على هذا الرجل ألف درهم وأبي غائب وإني أخاف أن يتوارى هذا الرجل فجعله القاضي وكيلاً لأبيه وقبل بينة الابن على المال وحكم بذلك، ثم رفع ذلك إلى قاض آخر فإن الثاني لا يجيز قضاء الأوّل لأن بينة الابن ما قامت بحق على الغائب حتى يكون القضاء على الغائب وإنما قامت لغائب، وهذا بخلاف المفقود إذا أقام القاضي ابنه وكيلاً في طلب حقوقه لأن المفقود بمنزلة الميت فكان للقاضي التصرف في ماله ا هـ. أطلق في عدم القضاء عليه وهو مقيد بما إذا ثبت الحق ببينة، سواء كان غائباً وقت الشهادة أو غاب بعدها قبل التزكية، وسواء كان غائباً عن المجلس حاضراً في البلد أو غائباً عن البلد، وأما إذا أقر عند القاضي فغاب قبل أن يقضي عليه قضى عليه وهو غائب لأن له أن يطعن في البينة دون الإقرار، ولأن القضاء بالإقرار قضاء إعانة، وإذا نفذ القاضي إقراره سلم إلى المدعي حقه عيناً كان أو ديناً أو عقاراً إلا أن في الدين يسلم إليه جنس حقه إذا وجد في يد من يكون مقراً بأنه مال الغائب المقر ولا يبيع في ذلك العروض والعقار لأن البيع قضاء على الغائب فلا يجوز؛ كذا في شرح الزيادات للعتابي. والإخبار بالقضاء منه كالإنشاء لا بد له من الحضرة. قال في شهادات القنية: أشهد القاضي شهوداً أني حكمت لفلان على فلان بكذا فهو إشهاد باطل والحضور شرط. وقال قبله: خرج الحاكم عن المحكمة ثم أشهد على حكمه يصح إشهاده ا هـ. وفي تهذيب القلانسي: إذا قال القاضي حكمت على فلان بكذا وهو غائب لم يصدق ا هـ. وقلنا على غير خصم حاضر لإخراج ما لو قضى على حاضر ليس بخصم وعلى خصم غائب فالخصم من تسمع الدعوى عليه بانفراده شرعاً، فخرج ما لو قضى على راهن في غيبة مرتهن وعكسه، وكذا في المؤجر مع المستأجر والمعير مع المستعير والموصى له ليس بخصم إلا في إثبات الوصاية أو الوكالة، وغريم الميت ليس بخصم لمدعي الدين على الميت إنما الخصم وارث أو وصي وأحد الورثة خصم عن الباقي فيما للميت وما

وفرع قاضيخان لا يدل على المدعي تأمل قوله: **(لأن المفقود بمنزلة الميت فكان للقاضي تصرف في ماله)** قال الرملي: وقد كثر في كلامهم للقاضي بسوطة يد في مال المفقود ما ليس في مال الغائب قوله: **(وقال قبله خرج الحاكم عن المحكمة الخ)** قال الرملي: لا يخفى أن هذا لا يلائم مذهب المتأخرين القائلين بأن علم القاضي غير معتبر فتأمل.

....

عليه، والخصم في دعوى السعاية المأمور لا الآمر إن كان الآمر سلطاناً وإلا فالآمر والمستأجر ليس بخصم لمدعي إجارة أو رهن أو شراء كالمستعير والمشتري خصم للكل، وكذا الموهوب له والخصم في دعوى المبيع قبل القبض العاقدان وفي المبيع الفاسد قبل القبض البائع وحده وبعده المشتري وحده وسيأتي تمامه في كتاب الدعوى.

قوله: **(إلا أن يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي)** ذكر المثالين ليبين أن القائم مقامه قد يكون بإنابته أو بإنابة الشرع، فالوصي إن كان من قبل الميت فهو بإنابته، وإن كان منصوب القاضي فهو بإنابة الشرع، وظاهر الاستثناء أن الوكيل والوصي إذا حضر فإن القاضي إنما يحكم على الغائب وعلى الميت ولا يحكم على الوكيل أو الوصي ويكتب في السجل أنه حكم على الميت وعلى الغائب بحضرة وكيله وبحضرة وصيه؛ كذا في جامع الفصولين. وفي البزازية من اليمين: ادعى أنه وكيل الغائب بقبض الدين أو العين إن برهن على الوكالة والمال قبلت، وإن أقر بالوكالة وأنكر المال لا يصير خصماً ولا تقبل البينة على المال لأنه لم يثبت كونه خصماً بإقرار المطلوب لأنه ليس بحجة في حق الطالب. وإن أقر بالمال وأنكر الوكالة لا يستحلف على الوكالة لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة ولم توجد لعدم ثبوت الوكالة. وذكر الخصاف أنه يحلف على الوكالة والأوّل أصح، ولو أنكر الكل فهو كإنكار الوكالة وحدها، ولو أقام البينة على المال والوكالة تقبل عند الإمام لأن الوكيل بقبض الدين خصم. وفصل الوصاية في المال كفصل الوكالة إلا في فصل وهو أنه إذا ادعى أن فلاناً الميت أوصى إليه بحفظ ماله وقبضه وله كذا عند هذا الحاضر فأقر الحاضر بالكل يؤمر بتسليم الدين والعين بخلاف الوكالة، وإن أقر بالوصاية والموت وأنكر المال يحلف، وإن أقر بالمال والموت وأنكر الوصاية ينصب القاضي وصياً ولا يحلفه لما ذكرنا أن دعوى الوصاية ليست بلازمة، وإن أقر بالوصاية والمال وأنكر الموت يحلفه على علمه كما في الوارث، وإن أقام بينة على كل ذلك تقبل في الكل ا هـ. وفيها من التاسع في نصب الوصي الخصم في إثبات الوصاية الوارث البالغ أو مديون الميت أو الموصى له. واختلفوا في ابن الميت فهو خصم على ما ذكره الخصاف، وخالفه بعض المشايخ، ولا تثبت بإقرار مديون الميت أو مودعه، وإذا ثبتت الوصاية بالبينة لمدعي الدين ثم حضر غريم آخر أو موصى له آخر لا يقضى للثاني ببينة الأوّل وعند الثاني يقضى، وفي الوصية بأنواع البر يكتفى بتلك البينة بالإجماع ا هـ. وأطلق في الوكيل فشمل ما إذا كان وكيلاً في الخصومة والدعوى وما إذا كان وكيلاً للقضاء كما إذا أقيمت البينة عليه فوكل ليقضى عليه ثم غاب كما في القنية، وفيها من باب القضاء على الغائب: استمهل المدعى عليه بعد البينة العادلة القاضي مدة معينة وغاب ومضت تلك المدة، فإن ظهر تعنته فله القضاء حال غيبته. ومثله عن الخجندي قال رضي الله عنه: واشتراطهما التغيب للقضاء عليه اختيار حسن قامت البينة على الوكيل فغاب فحضر

....

موكله أو على العكس أو قامت البينة على المورث فمات وحضر وارثه أو قامت على وارث فغاب وحضر وارث آخر ففي هذه الصورة يقضي على الذي حضر بتلك البينة ا هـ. وفيها من كتاب الوكالة: لا تقبل من الوكيل بالخصومة بينة على وكالته من غير خصم حاضر ولو قضى عليه صح لأنه قضاء في المختلف ا هـ. وفي جامع الفصولين من الخامس: أراد وكيل البيع إثبات وكالته بحيث لو أنكر موكله لا يسمع إنكاره فله وجهان: أحدهما أن يسلم الوكيل العين إلى رجل ثم يدعي أنه وكيل بقبضه وبيعه فسلمه إلي فيقول ذو اليد لا أعلم وكالته فيبرهن فيأمر القاضي بتسليمه إليه فيبيعه. والثاني أن يقول هذا لفلان فأبيعه منك فإذا باعه وقبض ثمنه يقول المشتري لا أقبض المبيع لأني أخاف أن ينكر المالك وكالتك وربما يهلك المبيع في يدي أو ينقص فيضمنني فيبرهن الوكيل أنه وكيله بذلك ويجبره على القبض ويثبت بالبينة ولاية الجبر على القبض. وهنا وجه آخر وهو أن يبيع فيقول إني فضولي فلا أسلم المبيع فيبرهن المشتري أنه وكيل فلان بالبيع فهو خصم فيثبت أنه وكيل بالبيع ا هـ. وفيه أيضاً: وكلهما بقبض دينه فغاب الموكل وأحد الوكيلين فادعى الوكيل الآخر فأقر الغريم بدينه وجحد وكالته فبرهن الوكيل أن الدائن وكله وفلاناً الغائب يقبض دينه يحكم بوكالتهما حتى لو حضر الغائب لا يكلف إعادة البينة، وكذا لو جحد الغريم الدين والتوكيل فبرهن عليهما الحاضر يحكم بالدين وبوكالتهما ا هـ.

وأطلق في الوكيل أيضاً فشمل ما إذا نصبه القاضي عن الغائب وهو المسمى بالمسخر وفيه اختلاف. قال في جامع الفصولين: ادعى على غائب ديناً بحضرة رجل يدعي أنه وكيل الغائب في الخصومة فأقر المدعى عليه بالوكالة لم يصح إقراره حتى لو برهن على الغائب لم يقبل، وكذا لو ادعى ديناً على ميت بحضرة رجل يدعي أنه وصي الميت وأقر المدعى عليه بالوصاية؛ كذا في آخر فصل الدعاوى. ثم رقم لآخر: القاضي لو علم أن المحضر ليس بخصم لا تسمع الخصومة والحكم على المسخر لم يجز، وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه، وإنما يجوز نصب الوكيل عمن اختفى في بيته بعد ما نادى أمين القاضي على باب داره أياماً. ثم رقم لآخر: الحكم على المسخر لا يجوز، وقيل ينبغي أن تكون هذه المسألة على الروايتين إذ حاصله الحكم على الغائب وفيه روايتان عن أصحابنا، وكان ظهير الدين يفتي بأن الحكم على الغائب لا ينفذ كيلا يتطرقوا إلى هدم مذهب أصحابنا ا هـ. ثم اعلم أن نصب المسخر عند القائل به شرطه أن يكون الغائب في ولاية القاضي لما في الخزانة: القاضي إذا جعل نائباً عن الغائب حتى يسمع عليه الخصومة ويسمى هذا المسخر، فإذا كان الغائب ليس في ولاية هذا القاضي لا تصح هذه الإنابة وليس لهذا طريق عند علمائنا ا هـ. والمعتمد أن القضاء على المسخر لا يجوز والمجوّز له خواهرزاده لأنه أفتى بنفاذ القضاء على الغائب وهو عين القضاء على الغائب إلا لضرورة وهي في مسائل:

....

الأولى علق المديون العتق أو الطلاق على عدم قضائه اليوم ثم تغيب الطالب وخاف الحالف الحنث فإن القاضي ينصب وكيلاً عن الغائب ويدفع الدين إليه ولا يحنث الحالف وعليه الفتوى كما في الخانية. الثانية المشتري بخيار أراد الرد في المدة فاختفى البائع فطلب المشتري من القاضي أن ينصب خصماً عن البائع ليرده عليه قيل ينصب نظراً إلى المشتري، وقيل لا لأنه لما اشترى ولم يأخذ منه وكيلاً مع احتمال غيبته فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له، وإذا لم ينصب وطلب المشتري من القاضي الإعذار رفعن محمد فيه روايتان يعذر في رواية فيبعث منادياً ينادي على باب البائع أن القاضي يقول إن خصمك فلاناً يرد الرد عليك فإن حضرت وإلا نقضت البيع فلا ينقضه القاضي بلا إعذار، وفي رواية لا يعذر القاضي؛ كذا في جامع الفصولين. الثالث كفل بنفسه على أنه لو لم يواف به غداً فدينه على الكفيل فغاب الطالب في الغد فلم يجده الكفيل حتى مضى الغد لزمه المال، ولو رفع الكفيل الأمر إلى القاضي فنصب القاضي وكيلاً عن الطالب وسلم إليه المكفول عنه يبرأ وهو خلاف ظاهر الرواية إنما هو في بعض الروايات عن أبي يوسف؛ كذا في جامع الفصولين. الرابعة إذا توارى الخصم فالقاضي يرسل أميناً ينادي على بابه ثلاثة أيام ثم ينصب عنه وكيلاً للدعوى وهو قول أبي يوسف استحسنه وعمل به ثم قال: الخصم شرط لقبول البينة لو أراد المدعي أن يأخذ من يد الخصم الغائب شيئاً أما لو أراد أن يأخذ حقه من ثمن مال كان للغائب في يده لا يشترط حضور الخصم ولا يحتاج القاضي إلى نصب الوكيل لو اشتراه فغاب، وقدمناه في متفرقات البيوع. وإنما أدخل كاف التشبيه في قوله «كالوكيل والوصي» للإشارة إلى عدم الحصر فالمتولي على الوقف كذلك وأحد الورثة عن الباقين فيما للميت وعليه لكن إن كان في عين فلا بد من كونها في يده، فلو ادعى عيناً من التركة على وارث ليست في يده لم تسمع وفي دعوى الدين ينتصب أحدهم خصماً وإن لم يكن في يده شيء. وفي جامع الفصولين من الرابع: والحاصل أن أحد شريكي الدين خصم عن الآخر في الإرث وفاقاً، وفي غيره عند أبي يوسف لا عند أبي حنيفة. وقال محمد: قول أبي حنيفة قياس وقول أبي يوسف استحسان ومحمد مع أبي يوسف اهـ. ومن ذلك من بيده مال الميت وإن لم يكن وصياً ولا وارثاً وفيه اختلاف المشايخ ومن ذلك بعض الموقوف عليهم لما في القنية من باب الدعوى والبينات في الوقف: وقف بين أخوين مات أحدهما وبقي في يد الحي وأولاد الميت ثم الحي أقام بينة على واحد من أولاد

قوله: **(الأولى علق المديون العتق أو الطلاق الخ)** ذكر الشيخ شرف الدين الغزي أنه لا حاجة إلى نصب الوكيل لقبض الدين فإنه إذا دفع إلى القاضي بر في يمينه على المختار المفتى به كما في كثير من كتب المذهب المعتمدة حتى لو لم يكن ثمة قاضٍ حنث على المفتى به. اهـ أبو السعود. قوله: **(الرابعة إذا توارى الخصم الخ)** قال أبو السعود: لا يخفى أن هذه الصورة تصدق بما قبلها من الصور

أو يكون ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعي على الحاضر.

الأخ أن الوقف بطن بعد بطن والباقي غيب ولوقف واحد تقبل وينتصب خصماً عن الباقي ثم قال: وقف بين جماعة فلواحد منهم أو لوكيله أو على واحد منهم أو على وكيله تصح الدعوى إذا كان الوقف واحداً ثم رقم لا تصح الدعوى على بعضهم إذا كان المحدود في أيدي جميعهم ولا يصح القضاء إلا بقدر ما في يد الحاضرين ا هـ.

قوله: **(أو يكون ما يدعي عن الغائب سبباً لما يدعي على الحاضر)** بالنصب عطفاً على «يحضر» وفي الحقيقة الحاضر قائم مقام الغائب حكماً. أطلقه فشمل ما إذا كان المدعى عليهما شيئاً واحداً وما يدعى على الغائب سبب لما يدعي على الحاضر لا محالة فحينئذ يقضى عليهما حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره. وشمل ما إذا كان المدعى شيئين مختلفين وما يدعي على الغائب سبب لما يدعى على الحاضر بكل حال لا ينفك عنه فيكون خصماً ويقضى عليهما. أما الأول ففي مسائل: الأولى ادعى داراً في يد رجل أنها ملكه اشتراها من فلان الغائب وأنكر ذو اليد فبرهن على الشراء من فلان الغائب المالك قضى له بها وكان قضاء على الغائب لأن الشراء من الملك سبب لا محالة. الثانية ادعى على آخر أنه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فأقر بها وأنكر الحق فبرهن أنه ذاب له على فلان كذا بعد الكفالة قضى عليهما، وكذا إذا ادعى عليه أنه كفل له بجميع ماله على فلان ثم برهن على قدر معلوم كان له قبل الكفالة يقضى عليهما، سواء قال إنه كفيل بأمره أو لا، وأما إذا ادعى أنه كفل له بقدر معلوم فلا بد أن تكون الكفالة بأمره، والكفالة المطلقة هي الحيلة في إثبات الدين على الغائب ثم يبرىء المدعي الكفيل عنها ويبقى ماله على الغائب، وكذا إذا ادعى الكفيل بالأمر الأداء وأنكر المكفول عنه الأداء والطالب غائب فبرهن عليه يقضى عليهما كما في الخانية. والحوالة كالكفالة بل أولى لتضمنها براءة المحيل. الثالثة ادعى شفعة فأنكر ذو اليد الشراء فبرهن المدعي على الشراء من الغائب يقضى عليهما. وأما الثاني ففي مسائل: الأولى قذف محصناً فقال القاذف أنا عبد وقال المقذوف أعتقك مولاك وبرهن عليه قضى عليهما. الثانية ادعى المشهود عليه أن الشاهد عبد لفلان فبرهن المدعي أن المالك الغائب أعتقه تقبل ويقضى عليهما وهي حيلة إثبات العتق على الغائب. الثالثة قتل عمداً وله وليان أحدهما غائب فادعى الحاضر أن الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبه مالاً وبرهن يقضى عليهما، وأورد عليه ما إذا كان عبد بين حاضر وغائب ادعى العبد أن الغائب أعتق حصته وصار عند الإمام مكاتباً فواجب على الحاضر قصر اليد عنه عنده لا تقبل وإن تحققت السببية. وأجيب بأن عدم القبول عند الإمام لا لعدم الخصم بل لجهالة المقضى له بالكتابة لأنه إذا اختار الساكت التضمين

وبغيرها أيضاً وحينئذ فلا معنى لحصر نصب المسخر في عدد مخصوص اهـ. قلت: وفيه نظر فإن الصور الثلاثة التي قبلها موقتة بوقت خاص يفوت بإرسال المنادى لينادى على بابه ثلاثة أيام.

....

يكون مكاتباً للمعتق، وإن اختار السعاية يكون مكاتباً للساكت. ومن هذا النوع مسألتان في تلخيص الجامع: الأولى قال لغيره يابن الزانية وأمه ميتة وادعى أنها كانت أمة لفلان فأقام ابنها بينة أن فلاناً أعتقها أو أقام بينة أنها فلانة بنت فلان القرشية فإنه يقضى بعتقها في الأولى وبنسبها في الثانية، وإن كان المعتق والمنسوب إليه غائبين ويقضى بالحد على القاذف. الثانية أقام البينة أن نسبه يلتقي مع نسب الميت إلى جد الميت وأنهم لا يعلمون له وارثاً غيره فإنه يقضى له بميراثه وإن لم يحضر أباؤهم ولا وكلاؤهم وفيه قضاء على الغائب ا هـ. قيدنا بأن يكون سبباً لا محالة للاحتراز عما يكون سبباً في حال ولا يكون سبباً في حال فإنه لا يكون قضاء على الغائب وذلك في مسألتين: الأولى الوكيل بنقل العبد إلى مولاه إذا برهن العبد على أنه حرره يقبل في حق قصر يد الحاضر لا في حق ثبوت العتق على الموكل، فلو حضر الغائب وأنكر لا بد من إعادة البينة. الثانية الوكيل بنقل المرأة إذا برهنت أنه طلقها ثلاثاً يقبل في حق قصر يد الوكيل لا في إثبات الطلاق، وقد أنكر بشر المريسي القضاء على الغائب في هذه المسائل.

قال في التحرير: وقد كان بعض العلماء يأبى انتصاب الحاضر خصماً عن الغائب في هذه المسائل ولا يقضى على الحاضر بشيء ما لم يحضر الغائب وهو القياس الظاهر إلا أنا نقول بأن عامة الخصومات يتصل طرف منها بالغائب فلو لم يجعل الحاضر خصماً لأدى إلى إبطال حقوق الناس؛ كذا في شرح التلخيص للفارسي. وبه اندفع ما اعترض به بعض الحنابلة من أن الحنفية منعوا القضاء على الغائب ثم تحيلوا له بما إذا كان سبباً وهو عين القضاء على الغائب ا هـ. وقيد بكونه سبباً لما يدعي على الحاضر للاحتراز عما إذا كانت السببية باعتبار البقاء فإنه لا يقبل مطلقاً وذلك في مسائل: الأولى اشترى جارية وادعى أن البائع كان زوجها من فلان الغائب واشتراها بلا علم بذلك فأنكر البائع فبرهن لم يقبل في حق الحاضر والغائب لأنه سبب في البقاء لجواز الطلاق بعده، فلو تعرض الشهود للبقاء لم تقبل أيضاً بأن قالوا إنها امرأته للحال لأن البقاء تبع للابتداء. الثاني برهن المشتري فاسداً على البيع من غائب حين رام البائع فسخ البيع للفساد لا يقبل مطلقاً وإن تعرضوا للبقاء. الثالثة في يده دار فبيعت دار بجنبها فأراد أخذها بالشفعة فزعم المشتري أن ما في يد الشفيع لغائب فبرهن الشفيع على شرائها من الغائب لا تقبل في حقهما. وقيد بالسبب للاحتراز عن الشرط في الجامع الأصغر قال: إن طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت أنه طلقها وفلان غائب وبرهن لا يصح، وقيل يصح وبه أخذ شمس الأئمة الأوزجندي، والأوّل أصح لأن فيه ابتداء القضاء على الغائب بخلاف ما إذا قامت البينة أن زوجها قال لها إن دخل فلان الدار فأنت كذا وقد دخل فلان الغائب الدار وبرهنت حيث يقبل اتفاقاً، والذي يفعله الناس فيما إذا أرادوا إقامة البينة على الغائب أنه وكله في قبض حقوقه على الناس يدعي واحد عند القاضي أن الغائب علق تلك

....

الوكالة ببيع هذا الحاضر داره من فلان بكذا وقد باع هذا دار من فلان وتحقق الشرط وصار هو وكيلاً عن الغائب في القبض ولموكله على هذا المحضر كذا فيقول المدعى عليه نعم إنه وكله كما ذكر إلا أنه لم يوجد الشرط فيقيم الوكيل البينة على وجود الشرط فيقضي القاضي عليه بالبيع والوكالة لا تصح إلا على اختيار الإمام الأوزجندي لما فيه من إبطال حق الغائب؛ كذا في البزازية. وفرقهم بين سبب وسبب وبين السبب والشرط على الصحيح أدل دليل على أن قولهم بنفاذ القضاء على الغائب في أظهر الروايتين إنما هو في قضاء الشافعي، وأما الحنفي فلا لأنه حينئذ لا معنى للفرق المذكور.

ومن مسائل الشرط ما في جامع الفصولين: علق طلاقها بتزوجه عليها فبرهنت أنه تزوج عليها فلانة الغائبة عن المجلس هل تسمع حال غيبة فلانة؟ فيه روايتان والأصح أنها لا تقبل في حق الحاضرة والغائبة فلا طلاق ولا نكاح. ومن فروعه: ادعت عليه أنه كفل بمهرها عن زوجها لو طلقها ثلاثاً وأنه طلقها ثلاثاً فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر العلم بوقوع الثلاث فبرهنت أنه طلقها ثلاثاً يحكم لها بالمهر على الحاضر لا بالفرقة على الغائب ا هـ. وقد علمت حيلة إثبات العتق كما قدمناه. وفي شرح التلخيص: رجل له على عبد مأذون دين أقام البينة على رجل أنك كفلت لي عنه بكذا إن أعتقه مولاه وقد أعتقه فإنه يقضى بالعتق والمال وإن كان المولى والعبد غائبين لأن الإعتاق سبب ضمان المولى قيمة العبد المديون لغريمه فكان شرطاً ملائماً لا تعليقاً محضاً فصح الالتزام به وناب الحاضر في الخصومة عن الغائب ا هـ. وهو من قبيل الشرط فليتأمل. وأما حيلة إثبات طلاق الغائب فكلها على الضعيف من أن الشرط كالسبب فمنها حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقه، ومنها دعواها كفالة بنفقة العدة معلقة بالطلاق. قال في جامع الفصولين: ومع هذا لو حكم بالحرمة نفذ

قوله: **(وفرقهم بين سبب وسبب الخ)** تقدم جوابه قبل نحو أربعة أوراق قوله: **(ومن مسائل الشرط ما في جامع الفصولين علق طلاقها الخ)** أي معزياً إلى فتاوى رشيد الدين وفيه ثم قال أي رشيد الدين: والصحيح من الجواب فيما لو كان ثبوت الحكم على الغائب شرطاً للمدعي على الحاضر ينظر لو لم يتضرر به الغائب كدخول الدار وغيره يصير الحاضر خصماً عنه لا لو دائراً بين نفع وضرر قوله: **(يحكم لها بالمهر على الحاضر لا بالفرقة على الغائب)** عبارة جامع الفصولين يحكم لها بالمهر على الحاضر وبوقوع الثلاث على الغائب فالمدعى به شيئان بينهما سببية قال (ضد): فيه نظر لأن المدعي على الغائب وهو الفرقة شرط المدعي على الحاضر لا سبب وفي مثله لا ينصب الحاضر خصماً عن الغائب عند عامة المشايخ فينبغي أن يقضى بالمهر على الحاضر لا بالفرقة على الغائب (صع) فعلى قياس ما قال(صذ) ينبغي أن يقضى في مسألة (فش) يعني فتاوى رشيد الدين بطلاق المدعية لا بنكاح الغائب. فالحاصل أن المدعي على الغائب إذا كان شرطاً لما يدعي على الحاضر قيل ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب مطلقاً وهو قول بعض المشايخ، وقيل لا مطلقاً وهو قول عامة

....

لاختلاف المشايخ ا هـ. وفي البزازية من فصل دعوى النكاح: ادعى عليها أن زوجها الغائب طلقها وانقضت عدتها وتزوجها فأقرت بزوجية الغائب وأنكرت طلاقه فبرهن عليها بالطلاق يقضى عليها بأنها زوجة الحاضر ولا يحتاج إلى إعادة البينة إذا حضر الغائب ا هـ. وقدمنا حيلتين لإثبات الدين على غائب: الكفالة والحوالة. وأما حيلة إثبات الرهن على الغائب قال في جامع الفصولين معزواً: المرتهن لو أراد أن يحكم به القاضي يقيم رجلاً يدعي رقبة الرهن فيبرهن ذو اليد أنه رهن عنده فيحكم به القاضي وفيه روايتان: في رواية لا تقبل إذ فيه حكم على غائب وتقبل في رواية لأنه لا رهن عنده فقد استحفظه فصار خصماً في إثبات الملك للراهن ا هـ. وأما حيلة الحكم بسقوط النفقة والكسوة الماضيتين فالقضاة الآن يجعلونها بصورة إن كانت لها نفقة وكسوة علي فهي طالق بائن فيدعي عليه ذو حسبة عند حنفي بوقوعه لكونها لازمة عليه ويطالبه بالتفريق فيجيب بأنها ليست لازمة لعدم التقرير والرضا فيحلفه القاضي على ذلك فيحكم بعدم الوقوع وبعدم اللزوم، ولا شك الآن في صحته لكن المرأة إذا حضرت وبرهنت على التقرير بطل الحكم كما لا يخفى. وقيد بكون السبب ما يدعى على الغائب لأنه لو كان على عكسه بأن كان ما يدعى على الحاضر سبباً لما يدعى على الغائب فإنه لا يقضى على الغائب كما إذا كان الحاضر هو الأصيل والكفيل غائب لجواز أن يكون المال على الأصيل لا الكفيل كما قبل الكفالة بخلاف عكسه لا يجوز أن يكون المال على الكفيل دون الأصيل. وجزم في جامع الفصولين بأن القضاء على الأصيل لا يكون قضاء على الكفيل. وتردد في البزازية وأورد على قولهم لا يجوز أن يكون على الكفيل دون الأصيل ما إذا قالت كفلت بمالك على زيد فأقر الكفيل بأن له على زيد كذا وأنكره زيد ولا بينة وجب المال على الكفيل دون الأصيل. ثم نقل عن محمد أن القضاء على المكفول عنه قضاء على الكفيل. وعن ابن سماعة أنه لا يكون قضاء عليه ففيه روايتان، والموافق لمفهوم المتون عدمه

المشايخ، وقيل ينتصب فيما لا يتضرر، به الغائب لا فيما يتضرر وقيل فيما يتضرر ويقضى على الحاضر لا على الغائب ثم قال أقول: هذا بعيد إذ كان الحكم على الحاضر فرع الحكم على الغائب فكيف يثبت الفرع بدون الأصل؟ فالأولى أن ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب في كل ما لا يمكن إثبات حقه على الحاضر إلا بإثبات ذلك على الغائب، سواء كان سبباً أو شرطاً إذ الحكم على الغائب بلا خصم عنه جائز وعليه الفتوى فينبغي أن يجوز الحكم على الغائب مع الخصم عنه في الجملة بالطريق الأولى صيانة للحقوق ورعاية للأصول اهـ. قال في نور العين: يقول الحقير في كلامه كلام من وجهين: الأوّل أن قوله «هذا بعيد» غير سديد لأن جوابه ظاهر لكل متأمل رشيد. الثاني أن قوله «فالأولى» مخالف لما مر آنفاً عن رشيد الدين من قوله «والصحيح من الجواب الخ» اهـ. ثم استشهد للتنظير بكلام الخانية وفتح القدير فراجعه قوله: **(ولا يحتاج إلى إعادة البينة إذا حضر الغائب)** قال

....

فهو المعتمد. والجواب عما أورد أنه لكون الإقرار حجة قاصرة كما لا يخفى. وفي الخلاصة: الطريق إلى إثبات الرمضانية أن يعلق وكالة بدخوله فيتنازعان في دخوله فيشهد الشهود فيقضي بالوكالة وبدخوله ا هـ. وعلى هذا إذا أريد إثبات طلاق معلق بدخول شهر فالحيلة فيه ذلك ولو كان الزوج غائباً وليس هذا من قبيل الشرط لأنه لا بد أن يكون فعل الغائب، وعلى هذا إذا أريد إثبات شيء من ملك ووقف ونكاح وطلاق فيعلق وكالة بملك فلان ذلك الشيء ويدعي الوكيل فيقول الخصم وكالتك معلقة بما لم يوجد فيقول الوكيل بل هي منجزة لأنها معلقة بأمر كائن ويبرهن على الملك. وكذا في الوقف يعلقها بالوقفية، وفي النكاح بكون فلانة زوجة فلان، وفي الطلاق بكونها محرمة عليه ولا يعلقها بفعل الغائب كإن نكح إن وقف إن طلق إن ملك. هذا ما ظهر لي الآن والله سبحانه وتعالى أعلم وهذا التقرير في هذا المحل كغيره من خواص هذا الشرح ولا حول ولا قوّة إلا بالله العلي العظيم.

قوله: **(ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي والأب)** لأن القاضي يقدر على تحصيله من المستقرض والوصي والأب لا يقدران على ذلك فيضمنان بالإقراض لكونه تبرعاً ابتداء. والمراد ويستحب للقاضي الإقراض ولا يجوز للأب والوصي وإنما استحب منه لأن القاضي لكثرة اشتغاله لا يمكن أن يباشر الحفظ بنفسه فلا بد له من الدفع لغيره والدفع بالقرض أنظر لليتيم لكونه مضموناً والوديعة أمانة ولا يقرض إلا من يعرفه بالأمانة والديانة ويكتب عليه ذلك ليحفظه خوف النسيان لكثرة اشتغاله. وفي البناية معزياً إلى تاج الشريعة: يقرض القاضي إلى الثقات والثقة المليء الحسن المعاملة. وفي الأقضية إنما يملك القاضي الإقراض إذا لم تحصل غلة لليتيم أما إذا وجدت فلا يملكه؛ هكذا روي عن محمد ا هـ. وفي المصباح: رجل مليء على فعيل غني مقتدر ويجوز الإبدال والإدغام ا هـ. وينبغي أن يشترط لجواز إقراض القاضي عدم وصي لليتيم فإن كان له وصي ولو منصوب القاضي لم يجز لأنه من التصرف في ماله وهو ممنوع منه مع وجود وصيه كما في بيوع القنية. وسوى المصنف بين الأب والوصي مع أن في الأب روايتين ولكن أظهرهما أنه كالوصي وهو الصحيح كما في جامع الفصولين. وفي خزانة الفتاوى: الصحيح أن الأب كالقاضي فقد

الرملي: وفي جامع الفصولين خلافه. قوله: **(هذا ما ظهر لي الآن)** أقول: ما ظهر له غير ظاهر لقول الفتح الأصل أن ما كان شرطاً لثبوت الحق للحاضر من غير إبطال حق للغائب قبلت البينة فيه إذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن إبطالاً عليه لا تقبل اهـ. ولا شك أن دخول رمضان ليس فيه إبطال حق على الغائب فلذا قبل بخلاف ثبوت الملك للغائب أو طلاق زوجته ونحو ذلك فإن فيه حكماً على الغائب ابتداء بلا فرق بين كون التعليق بصيغة إن طلق أو إن كانت مطلقة لأن المناط لحوق الضرر، فقياس هذه المسائل على ما في الخلاصة قياس مع الفارق. هذا ما ظهر لي فتدبره

قوله: **(أما إذا وجد فلا يملكه)** قال الرملي: كما إذا وجد ما يشتريه له يكون له ربح ويقرض القاضي

. . . .

اختلف التصحيح والمعتمد ما في المتون. وأطلق في منع إقراض الأب فشمل ما إذا أخذ مال ولده الصغير قرضاً لنفسه وهو مروي عن الإمام، وقيل له ذلك، وينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال الأيتام حتى إذا احتل أحد منهم أخذ منه المال لأن القاضي وإن قدر على استخلاصه إنما يقدر من الغني لا من الفقير ولهذا لا يملك قرضه من المعسر ابتداء فكذا لا يتركه عنده انتهاء. وأشار المؤلف إلى أن للقاضي ولاية إقراض مال الوقف كما في جامع الفصولين، وله إقراض اللقطة من الملتقط وإقراض مال الغائب وله بيع منقوله إذا خاف التلف إذا لم يعلم بمكان الغائب أما إذا علم فلا لأنه يمكنه بعثه إلى الغائب إذا خاف التلف. قالوا: وله أن يأخذ المال من الأب إذا كان مسرفاً مبذراً ويضعه على يد عدل؛ كذا في القنية. وفي جامع الفصولين: إنما يملك القاضي إقراضه إذا لم يجد ما يشتريه له يكون غلة لليتيم لا لو وجده أو وجد من يضارب لأنه أنفع وكذا إنما يقرضه من مليء ا هـ. وقيد بالإقراض لأن الوصي يملك البيع نسيئة كما ذكروه في الوصايا. وفي جامع الفصولين: ولو أقرض الوصي لا يعد خيانة فلا يعزل به ا هـ. وأطلق في الوصي فشمل وصي القاضي كما في جامع الفصولين، وأشار بالوصي إلى أن متولي الوقف ليس له إقراض مال المسجد فلو أقرضه ضمن وكذا يضمن المستقرض؛ كذا في الخزانة. وليس له إيداعه إلا ممن هو في عياله؛ كذا في جامع الفصولين. ثم قال بعده: القيم لو أقرض مال المسجد ليأخذه عند الحاجة وهو أحرز من إمساكه فلا بأس به وفي العدة يسع للمتولي إقراض ما فضل من غلة الوقف لو أحرز ا هـ. وقدمنا في كتاب الوقف حكم ما إذا أقرض المتولي مال الوقف بأمر القاضي من الإمام فمات مفلساً. وفي جامع الفصولين: لو استقرض الوصي مال اليتيم وربح به ثم أنفق عليه مدة يكون متبرعاً إذا صار ضامناً فلا يتخلص ما لم يرفع أمره إلى الحاكم والأصح أن الوصي لا يملك أن يستقرض ماله وقيل يملكه لو ملياً ا هـ. وفي تهذيب القلانسي: ويصدق القاضي فيما قاله من التصرف في الأوقاف وأموال الأيتام والغائبين من أداء وقبض ا هـ. وفي شرح أدب القضاء: إقراض القاضي أنفع للصبي وأحوط لماله لكونه مضموناً ولتمكنه من الاسترداد وقالوا: الوصي يملك الإيداع لا القرض. ولم أر حكم الجد في جواز إقراضه على رواية جوازه للأب، والظاهر أنه كالأب لقولهم الجد أب الأب كالأب

مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي والأب أو وجد من يضارب فيه كما سينقله عن جامع الفصولين

قوله: **(وينبغي أن يشترط الخ)** قال الرملي: إطلاق المتون يدل على خلافه، وهذا وإن كان من التصرف في ماله لكنه تصرف لا يمكله الوصي وهو أحسن تصرفاً في مال اليتيم وأنظر. فإذا قلنا لم يجز منه والوصي ممنوع من الإقراض امتنع النظر لليتيم في ذلك ولا قائل به تأمل اهـ. وفيه نظر فإن المقصود حفظ ماله وإنما يقرضه القاضي لكثرة اشتغاله وقدرته على التحصيل كما مر فكأن المسوغ له

باب التحكيم

حكما رجلاً ليحكم بينهما فحكم ببينة أو إقرار أو نكول في غير حد وقود ودية

إلا في مسائل. ويجب أن يستثنى من عدم جواز إقراض الأب والوصي المعتمد إقراضه للضرورة كحرق ونهب فيجوز اتفاقاً. واختلفوا في إعارة الأب مال ولده الصغير وفي الصحيح لا. وفي الخزانة: إذا أجر الأب أو الوصي أو الجد أو القاضي الصغير في عمل من الأعمال التي تليق به فالصحيح جوازها وإن كانت بأقل من أجرة المثل، وقدمنا في أول كتاب القضاء ما يستفيده القاضي بالتولية والله تعالى أعلم.

باب التحكيم

لما كان من فروع القضاء وكان أحط رتبة من القضاء أخره ولهذا قال أبو يوسف: لا يجوز تعليقه بالشرط وإضافته إلى وقت بخلاف القضاء لكونه صلحاً من وجه. وله معنيان: لغوي واصطلاحي. أما الأول يقال حكمت الرجل تحكيماً إذا منعته مما أراد ويقال أيضاً حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك، واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى والمحاكمة المخاصمة إلى الحاكم؛ كذا في الصحاح. والمراد الثاني فهو في اللغة جعل الحكم في مالك إلى غيرك. وفي المحيط: تفسير التحكيم تصيير غيره حاكماً. وأما في الاصطلاح فهو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما. وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر فلو حكما رجلاً فلم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم؛ كذا في المحيط. وشرطه من جهة المحكِم - بالكسر - العقل لا الحرية فتحكيم المكاتب والعبد المأذون صحيح ولا يشترط الإسلام فيه، فتحكيم الذمي ذمياً صحيح، وتحكيم المرتد موقوف عنده فإن حكم ثم قتل المرتد أو لحق بطل الحكم، وإن أسلم نفذ وعندهما جائز بكل حال؛ كذا في المحيط. ومن جهة المحكَم - بالفتح - صلاحيته للقضاء بكونه أهلا للشهادة فلو حكم عبداً أو صبياً أو ذمياً أو محدوداً في قذف لم يصح. وتشترط الأهلية وقته ووقت الحكم جميعاً فلو حكما عبداً فعتق أو صبياً فبلغ أو ذمياً فأسلم ثم حكم لم ينفذ كما في المقلد. ولو حكما حراً أو عبداً

ضرورة الحفظ، وإذا كان له وصي فوضعه عنده أقرب لحفظه من الإقراض فكان فيه نظر لليتيم تأمل، لكن هذا إذا اتجر فيه لليتيم يظهر النفع، أما مجرد وضعه عنده فالإقراض أنفع منه لأنه مضمون على المستقرض، أما لو هلك عند الوصي فإنه يهلك أمانة

باب التحكيم

قوله: **(كما في المقلد)** بفتح اللام مشددة أي من قلده السلطان القضاء.

. . . .

فحكم الحر وحده لم يجز، وكذا إذا حكما كما في المحيط. وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ثم ارتد لم ينفذ. ولو حكم ذمي بين مسلمين فأجاز لم يجز كحكمه ابتداء كما في المحيط. ويصح أن يكون كافراً في حق كافر فلو أسلم أحد الخصمين قبل الحكم لم ينفذ حكم الكافر على المسلم وينفذ للمسلم على الذمي وقيل لا يجوز للمسلم أيضاً؛ كذا في المحيط. ولهذا قالوا: لو صلح المحكم قاضياً ولم يقولوا لو صلح شاهداً لأن الشاهد لا يشترط صلاحيته وقت التحمل وإنما تشترط وقت الأداء فقط. وأما القاضي والمحكم فتشترط وقت التقليد والقضاء كما علمته وزاد الحكم اشتراطها فيما بينهما كما سيأتي في المسائل المخالفة. ومن جهة المحكوم به أن لا يكون في حد وقود، وصفته قبل الحكم الجواز وبعده اللزوم. وجوازه بالكتاب ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ [النساء: ٣٥] وفيه نظر؛ كذا في فتح القدير من غير بيانه. ووجهه أن كلاً من المحكمين لم يتراضيا عليه خصوصاً أن الضمير في قوله «فابعثوا» عائد إلى الحكام العائد إليهم ضمير «فإن خفتم» ولأن الحكم عندنا إنما يصلح فقط وليس له إيقاع الطلاق فهو وكيل فلم يكن من هذا القبيل. وبالسنة كما رواه النسائي قال أبو شريح: يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام: ما أحسن هذا. وأجمع على أنه ﷺ عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله ﷺ.

وروي أنه كان بين عمر وأبي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد فقال لعمر: هلا بعثت إلي فأتيتك يا أمير المؤمنين فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فألقى لعمر وسادة فقال عمر: هذا أوّل جورك. وكانت اليمين على عمر فقال زيد لأبي: لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر: يمين لزمتني فقال أبي: نعفي أمّير المؤمنين ونصدقه. وليعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التلبيس وإنما هي لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما إلى الحكم للتبيين لا للتلبيس، وفيه جواز التحكيم وأن زيداً كان معروفاً بالفقه. وظاهر ما ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء أن الحكم من الإمام بمنزلة القاضي المولى ا هـ. فعلى هذا إذا رفع حكمه إلى قاضٍ لا يراه أمضاه فليحفظ. وفي المحيط:

قوله: **(كان يختلف إليه)** أي إلى زيد رضي الله تعالى عنه. ورأيت بخط شيخ مشايخنا منلاعلي التركماني أمين الفتوى بدمشق على هامش نسخته البحر التي بخطه: أنشدني أخونا الفاضل المحدث الشيخ عبد الكريم الشراباتي قال: أنشدني الشيخ علي الدباغ الحلبي باموي حلب:

خدمة أهل العلم مسنونة — قد سنها آل النبي النجاب

هذا ابن عباس على فضله — أمسك من بغلة زيد الركاب

....

الإمام الذي استعمل القاضي أمر رجلاً ممن تجوز شهادته أن يحكم بين رجلين جاز وهو بمنزلة القاضي المولى، ولو أمر القاضي رجلاً أن يحكم بين رجلين لم يجز إذا لم يكن مأذوناً بالاستخلاف إلا أن يجيزه القاضي بعد الحكم أو يتراضى عليه الخصمان؛ كذا في المحيط. وروي أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف إليه ويأخذ بركابه عند ركوبه وقال: هكذا أمرنا أن نصنع بفقهائنا، فقبل زيد يده وقال: هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا. وفيه أن الإمام لا يكون قاضياً في حق نفسه وأنه ينبغي أن من احتاج إلى العلم يأتي إلى العالم في بيته ولا يبعث إليه ليأتيه وإن كان أوجه الناس. وأما إلقاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله ﷺ «إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه» وبسط النبي ﷺ رداء لعدي بن حاتم. وأن الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الأوّل، وأنه لا بأس بالحلف صادقاً وامتناع عثمان حين لزمته كان لأمر آخر، وأن اليمين حق المدعي على المدعى عليه له أن يستوفيها وتسقط بإسقاطه؛ كذا في فتح القدير تبعاً لما في النهاية. وفي البزازية: وبعض علمائنا كانوا يقولون أكثر قضاة عهدنا في بلادنا أكثرهم مصالحون لأنهم تقلدوا القضاء بالرشوة ويجوز أن يجعل حكماً بترافع القضية إليهم. واعترض عليه بعضهم بأن الرفع ليس على وجه التحكيم بل على اعتقاد أنه قاض ماضي الحكم ورفع الدعوى عليه قد يكون بالأشخاص والجبر فلا يكون حكماً ألا ترى أن البيع ينعقد بالتعاطي ابتداء لكن إذا تقدم بيع باطل أو فاسد وترتب عليه التعاطي لا ينعقد البيع لكونه على سبب آخر كذا هنا، ولهذا قال السلف: القاضي النافذ حكمه أعز من الكبريت الأحمر ا هـ. وذكر الشيخ عبد القادر في الطبقات أن الإمام أحمد الدامغاني تلميذ الطحاوي والكرخي لما تولى القضاء بواسط كان يقول للخصمين أنظر بينكما فإن قالا نعم نظر وتارة يقول أحكم بينكما ا هـ.

قوله: **(حكما رجلاً ليحكم بينهما فحكم ببينة أو إقرار أو نكول في غير حد وقود ودية على العاقلة صح لو صلح المحكم قاضياً)** لما قدمناه من الدلائل وشرط أن يكون حكمه بحجة من الثلاث ليوافق حكم الشرع وإلا يقع باطلاً وظاهره أنه لا يحكم بعلمه ولم أره صريحاً، ولم يصح حكمه في الحدود والقصاص لأن تحكيمهما بمنزلة صلحهما ولا يملكان دمهما ولذا لا يباح بالإباحة، وكذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكمه عليها ولا على القاتل بالدية وحده لمخالفة النص فكان باطلاً، ولم أر حكم التحكيم في اللعان مع أنه قائم مقام الحد ولهذا قالوا: لا تقبل فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي ولا

قوله: **(واجتهاد عمر)** أي حيث جعل إلقاءه الوسادة جوازاً والمراد بالحالة حالة الحكومة والمراد بالأوّل الحديث السابق.

قوله: **(ولم أر حكم التحكيم في اللعان)** قال أبو السعود: نقل الحموي عن البرجندي أن

على العاقلة صح لو صلح المحكم قاضياً ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل

التوكيل. وقيد بكونها على العاقلة لأنها لو كانت على القاتل بأن ثبت القتل بإقراره أو ثبتت جراحة ببينة وأرشها أقل مما تتحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة أو عمداً أو كانت قدر ما تتحمله ولكن الجراحة كانت عمداً لا توجب القصاص نفذ حكمه، وما في الكتاب من منعه في القصاص هو قول الخصاف وهو الصحيح كما في فتح القدير، وما في المحيط من جوازه فيه باعتبار أنه من حقوق العباد ضعيف رواية ودراية لأن القصاص لم يتمحض حق العبد بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان وإن كان الغالب حق العبد بدليل منع شهادة النساء فيه وكتاب القاضي إلى القاضي، وقد كتبنا في الفوائد أنه كالحدود إلا في مسائل منها أن للقاضي أن يقضي به بعلمه كما في الخلاصة. وأفاد بقوله «لو صلح قاضياً» جواز تحكيم المرأة والفاسق لصلاحيتهما للقضاء، والأولى أن لا يحكما فاسقاً. ولو حكما رجلين فحكم أحدهما لم يجز ولا بد من اتفاقهما على المحكوم به فلو اختلفا لم يجز كما في الولوالجية. وفي أدب القضاء للخصاف: لو قال لامرأته أنت علي حرام ونوى الطلاق دون الثلاث فحكما رجلين فحكم أحدهما بأنها بائن وحكم لآخر بأنها بائن بالثلاث لم يجز لأنهما لم يجتمعا على أمر واحد ا هـ. فقوله «رجلاً» مثال والمراد إنساناً معلوماً فلو حكما أوّل من يدخل المسجد لم يجز إجماعاً لجهالة الصلح عليه؛ كذا في المحيط. وأشار بصلاحيته للقضاء أن أحدهما لو وكل الحكم في الخصومة وقبل خرج عن الحكومة لتعينه خصماً في هذه الحادثة فخرج عن الشهادة فيها، ولو وكل أحدهما ابن الحكم أو من لم تقبل شهادته له لم يجز كما في المحيط وقدمنا شرائطه، وكذا ما اختاره السرخسي من جوازه في حد القذف ضعيف بالأولى لأن الغالب فيه حق الله تعالى على الأصح والحكم قال في الولوالجية: الأصح أنه لا يجوز في الحدود كلها. وشمل قوله «في غير حد الخ» سائر المجتهدات من النكاح والطلاق واليمين المضافة كما سيأتي.

قوله: **(ولكل واحد من الحكمين أن يرجع قبل حكمه)** لأنه تقلد من جهتهما فكان لكل منهما عزله وهو من الأمور الجائزة فينفرد أحدهما بنقضه كالمضاربة والشركة والوكالة قوله: **(فإن حكم لزمهما)** لصدوره عن ولاية شرعية فلا يبطل حكمه بعزلهما. وأشار بقوله «لزمهما» إلى أنه لا يتعدى إلى غيرهما فلو حكماه في عيب مبيع فقضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه إلا أن يرضى البائع الأوّل والثاني والمشترى على تحكيمه؛ كذا في فتح القدير. وفي الولوالجية: حكم المحكم في فسخ اليمين المضافة الصحيح أنه ينفذ لأنه فيما بينهمابمنزلة القاضي المولى وإن كانا يفترقان في شيء آخر لكن هذا شيء يعلم ولا يفتى به ا هـ. وفي السراج الوهاج إلا أن أصحابنا امتنعوا من هذه الفتوى وقالوا لا بد فيها من حكم المولى

المحكم ليس له أن يلاعن بين الزوجين قوله: **(قال رضي الله عنه نفاذ قضائه صحيح)** الذي في القنية

حكمه فإن حكم لزمهما وأمضى القاضي حكمه إن وافق مذهبه وإلا أبطله وبطل

كالحدود كي لا يتجاسر العوام ا هـ. واعلم أن معنى قولهم لا يفتى به لا يكتب على الفتوى ولا يجاب باللسان بالحل وإنما يسكت المفتي كما أفاده في الفتاوى الصغرى بقوله نكتم هذا الفصل ولا نفتي به. وظاهر الهداية أن معناه أن المفتي يجيب بقوله لا يحل فليتأمل فيه. وفي القنية: ليس للمحكم أن يحكم بشيء فيه ضرر على الصغير يعني إذا ادعى على وصيه. ثم رقم لآخر أنه لا يحكم. وقال حمير الوبري: إن كان في حكم المحكم نظر للصبي ينبغي أن يجوز وينفذ حكمه ويكون بمنزلة صلح الوصي ولا يجوز استخلاف المحكم غرماء الصبي. مس صهرته بشهوة فانتشر لها فحكم الزوجان رجلاً ليحكم بينهما بالحل على مذهب الشافعي يصير حكماً بينهما لكن الصحيح أن حكم الحكم في مثل هذه المواضع لا ينفذ قال رضي الله عنه: نفاذ قضائه صحيح لكن حكم المحكم في أمثال هذا كالحكم في الطلاق المضاف مختلف نفاذ قضائه وإن كان الأصح هو النفاذ إذا حكماه ليحكم بينهما بما يرى، وإذا كان التحكيم ليحكم على خلاف ما يراه المحكم كان الصحيح عدم نفاذ قضائه. تزوّج بامرأة زنى بها ابنه ثم ادعت المرأة عليه نفقة وسكنى فحكم بالحل بينهما حاكم أو حكم تحل ولكن لا يكتب أي لا يفتى به ا هـ. والفرع الأخير ضعيف وقدمنا أنه من المواضع التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي فعلى هذا المحكم يستخلف إلا في مسألة ما إذا كان المحكم وصياً والمدعى عليه غريم الميت قوله: **(وأمضى القاضي حكمه إن وافق مذهبه)** يعني إذا رفعا حكمه إلى القاضي وتداعيا عنده عمل القاضي بموجبه إن وافق مذهبه لأنه لا فائدة في نقضه ثم إبرامه. وفائدة هذا الإمضاء أن لا يكون لقاضٍ آخر يرى خلافه نقضه إذا رفع إليه لأن إمضاءه بمنزلة قضائه ابتداء، واستفيد من كلامهم هنا وفي مواضع أن التنافيذ الواقعة في زماننا لا اعتبار بها إذا كانت بغير دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر. وفي البزازية: المحكم إذا حلف لا يملك المدعي أن يحلف ثانياً عن القاضي لأنه استوفى حقه على التمام ا هـ. وفي المحيط: حكم رجلاً فأجاز القاضي حكومته قبل أن يحكم ثم حكم بخلاف رأي القاضي لم يجز لأن القاضي أجاز المعدوم وإجازة الشيء قبل وجوده باطل فصار كأنه لم يجز ا هـ قوله: **(وإلا أبطله)** أي إن لم يوافق مذهبه لم يمضه وهو المراد بإبطاله لأنه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضي إذا خالف رأيه، فظاهر كلامهم أنه يجب إبطاله أي عدم العمل بمقتضاه. واعلم أن حكمه لو رفع إلى حكم آخر حكماه بعد حكم الأوّل فإن الثاني كالقاضي يمضيه إن كان يوافق رأيه وإلا أبطله كما في المحيط. وفيه: لو رجع المحكم عن حكمه فقضى للآخر لم يصح لأنها تمت الحكومة بالقضاء الأوّل. واعلم أن قولهم هنا إن حكم الحكم لا يتعدى إلى العاقلة بخلاف حكم القاضي يفيد أن دعوى القتل خطأ على القاتل وإثباته بغيبة العاقلة صحيح وهو مصرح به في الخزانة.

....

ثم اعلم أن حكم المحكم يخالف حكم القاضي في مسائل: الأولى هذه. الثانية أنه لا بد من تراضيهما على كونه حكماً بينهما بخلاف القاضي. الثالثة لا يجوز تعليقه وإضافته عند أبي يوسف بخلاف القضاء كما قدمناه. وفي المحيط بعده: ولو حكماه على أن يستفتي فلاناً ثم يقضي بينهما بما قال جاز كالقضاء، ولو حكماه على أن يحكم بينهما في يومه أو في مجلسه توقت به. الرابعة لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص والدية على العاقلة بخلاف القضاء كما قدمناه. الخامسة لا يفتى بجوازه في فسخ اليمين المضافة بخلاف القضاء به كما قدمناه. السادسة أن حكمه لا يتعدى إلى الغائب لو كان ما يدعى عليه سبباً لما يدعى على الحاضر، وكذا قال في التلخيص وشرحه لا يتعدى حكمه بعتق الشهود من التعديل إلى المولى المالك وصورته: رجلان شهدا عند محكم على حق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان فقالا كنا عبدين لفلان الغائب إلا أنه أعتقنا وبرهنا على ذلك فحكم بشهادتهما لثبوت عدالتهما عنده جاز، ولا يتعدى حكمه بالعتق من التعديل الثابت عنده إلى حق المولى الغائب لو حضر وأنكر الإعتاق لعدم رضاه بالتحكيم ا هـ. وقال في الولوالجية: ولو أن رجلاً ادعى على رجل ألف درهم ونازعه في ذلك فادعى أن فلاناً الغائب ضمنها له عن هذا الرجل فحكما بينهما رجلاً والكفيل غائب فأقام المدعي شاهدين على المال وعلى الكفالة بأمره أو بغير أمره فحكم المحكم بالمال على المدعى عليه وبالكفالة عنه فحكمه جائز على المدعى عليه دون الكفالة لأن المدعى عليه رضي بحكمه والكفيل لم يرض فصح التحكيم في حقهما دون الكفيل. وكذلك إن حضر الكفيل والمكفول عنه غائب فتراضيا الطالب والكفيل على رجل ليحكم بينهما فأقام الطالب شاهدين بالمال على المطلوب وعلى كفالة الكفيل له بذلك بأمر المطلوب أو بغير أمره فحكم المحكم بذلك كان حكمه جائزاً على الكفيل دون المكفول عنه ا هـ. السابعة كتاب المحكم إلى القاضي لا يجوز كما لا يجوز كتاب القاضي إليه. الثامنة لا يحكم المحكم بكتاب قاضٍ إلا إذا رضي الخصمان؛ كذا في البناية وفتح القدير. التاسعة المحكم إذا ارتد انعزل فإذا أسلم فلا بد من تحكيم جديد بخلاف القاضي كما في الولوالجية. العاشرة لو رد المحكم الشهادة بتهمة ثم اختصما إلى آخر أو قاضٍ فزكيت البينة يقضي لأن المحكم لم يكن قاضياً في حق غير الخصمين ولم يتصل بهذه الشهادة قاض من قضاة المسلمين إنما اتصل بها رد واحد من الرعايا فكان للقاضي إبطال هذا الرد بخلاف ما لو رد قاضٍ شهادته للتهمة لا يقبلها قاضٍ آخر لأن القضاء بالرد نفذ على الكفاية؛ كذا في المحيط.

قال أستاذنا رحمه الله تعالى: قوله بعدم نفاذ قضائه صحيح الخ. قوله: **(الخامسة لا يفتى بجوازه في فسخ اليمين المضافة)** يعني لا يفتي المفتي به إذا سئل عنه أما حكم المحكم به فنافذ على الصحيح كما مر عن الولوالجية وصرح به في شرح أدب القضاء وزاد أنه الظاهر عند أصحابنا.

....

الحادية عشرة ما في شرح التلخيص أنه لا يتعدى حكمه من وارث إلى الباقي والميت حتى لو ادعى عند المحكم رجل على وارث بدين على الميت وأقام بينة فحكم له بما ادعاه على ذلك الوارث لم يكن حكماً على بقية الورثة ولا على الميت لعدم رضاهم بتحكيمه بخلاف حكم القاضي. الثانية عشرة لا يتعدى حكمه بالعيب من المشتري على بائعه إلا برضا بائع بائعه كما في المحيط. الثالثة عشرة لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع إلى موكله وهما في فتح القدير. الرابعة عشرة لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر عليه لما في البزازية: وإذا حكم الوصي على الصغير ومن يدعي عليه الوصي مال الصغير فحكم بما هو ضرر على الصغير لا يصح لأنه بمنزلة صلح الوصي وإن كان في حكمه نفع للصغير يصح حكمه ا هـ. ثم اعلم أن حكم المحكم لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه إلا في مسألة مذكورة في التلخيص وشرحه: لو حكم أحد الشريكين وغريم له رجلاً فحكم بينهما وألزم الشريك شيئاً من المال المشترك نفذ حكمه على الشريك وتعدى إلى الغائب لأن حكمه بمنزلة الصلح في حق الشريك الغائب والصلح من صنيع التجار فكان كل واحد من الشريكين راضياً بالصلح وما في معناه ا هـ. ثم اعلم أنهم قالوا: إن القضاء يتعدى إلى الكافة في أربع: الحرية والنسب والنكاح والولاء، ولم يصرحوا بحكمها من المحكم. ويجب أن لا يتعدى فتسمع دعوى الملك في المحكوم بعتقه من المحكم بخلاف القاضي، **وينبغي أن لا يلي المحكم الحبس** ولم أره. وكذا لم أر حكم قبوله الهدية وإجابة الدعوة وينبغي أن يجوزا له لانتهاء التحكيم بالفراغ إلا أن يهدى إليه وقته من أحدهما فينبغي أن لا يجوز. الخامسة عشرة لا يتقيد ببلد التحكيم وله الحكم في البلاد كلها كما في المحيط. السادس عشر مما خالف فيه المحكم القاضي لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما أنه وكله بخصومة فلان إلى قاضي الكوفة والآخر إلى قاضي البصرة تقبل، ولو شهد أحدهما بذلك إلى الفقيه فلان فشهد الآخر به إلى الفقيه فلان آخر لم تقبل كما في أدب القضاء للخصاف من باب الشهادة على الوكالة والفرق في شرحه للصدر الشهيد. السابع

قوله: **(وينبغي أن لا يلي المحكم الحبس)** قدمنا أوّل فصل الحبس أن صدر الشريعة صرح بأنه يليه ووجد في بعض النسخ قبل قوله «ولم أره» ما نصه: وفي صدر الشريعة من باب التحكيم قال: وفائدة إلزام الخصم أن المتبايعين إن حكما حكماً فالحكم يجبر المشتري على تسليم الثمن والبائع على تسليم المبيع ومن امتنع بحبسه اهـ. فهذا صريح في أن الحكم يحبس اهـ. وكأنه وجد بعد أو المراد ولم أره لغيره تأمل قوله: **(السادس عشر إلى آخر القولة)** وجد في بعض النسخ كما في هذه النسخة بعد الخامس عشر ووجد في بعضها في آخر القولة الآتية والأولى أصوب قوله: **(والفرق في شرحه للصدر الشهيد)** وهو أن الوكيل بالخصومة إلى قاضي الكوفة يكون وكيلاً بها إلى قاضي البصرة وكذا العكس لأن المطلوب نفس القضاء ولا يختلف والتقييد إنما يراعى إذا كان مفيداً وحكم الحكم توسط

حكمه لأبويه وولده وزوجته كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم.

عشر الصحيح أن حكمه بالوقف لا يرفع الخلاف كما في البزازية، وفائدته أنه لو رفع إلى موافق فإنه يحكم ابتداء بلزومه لا أنه يمضيه.

قوله: **(وبطل حكمه لأبويه وولده وزوجته كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم)** كالشهادة. قيد بالأصول والفروع لأن الحكم للإخوة وأولادهم والأعمام جائز لأن شهادته لهم جائزة، وكذا لأبي امرأة وزوج ابنته إذا كان حياً لا إن كان ميتاً. وأفاد بجواز حكمه بالحجج الشرعية كما سبق أنه يملك الإخبار فلو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله، وإن أخبر بالحكم لم يقبل؛ كذا في الهداية. وفي المحيط: حكما رجلاً ما دام في مجلسه وقالا لم يحكم بيننا وقال المحكم حكمت فالمحكم مصدق ما دام في مجلسه ولا يصدق بعده اعتبار بالإنشاء وقال إنه يخرج عن الحكومة بأحد أسباب ثلاثة: بالعزل أو بانتهاء الحكومة نهايتها بأن كان موقتاً فمضى الوقت أو بخروجه من أن يكون أهلاً للشهادة بأن عمي أو ارتد وإن لم يلحق بدار الحرب، ولو غاب أو أغمي عليه وبرئ منه أو قدم من سفره أو حبس كان على حكمه، وكذا لو ولي القضاء ثم عزل عنه فهو على حكومته لأن العزل لم يوجد منهما وإنما وجد من السلطان، وكذا لو حكم بينهما في بلد آخر لإطلاق التحكيم. وفي الولوالجية: حكما رجلين فشهد عندهما رجلان فحكما أو لم يحكما ثم مات الشاهدان أو غابا ليس للمحكمين أن يشهدا على شهادتهما وإن شهدا وفسرا للقاضي لم يقبلهما لعدم إشهاد الأصول على شهادتهم وهو شرط اهـ. وفي البناية: لو حكما رجلاً فأخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده جاز، وليس للمحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره، ولو فوض وحكم الثاني بغير رضاهما فأجاز الأوّل لم يجز إلا أن يجيزا بعد الحكم. وقيل ينبغي أن يجوز كالوكيل الأوّل إذا أجاز بيع الوكيل الثاني. ولو حكما واحداً فحكم لأحدهما ثم حكماً آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزاً عنده وإلا أبطله. واعلم أن قولهم هنا إن حكم الحكم لا يتعدى إلى العاقلة بخلاف حكم القاضي يفيد أن دعوى القتل خطأ على العاقلة وإثباته بغيبة العاقلة صحيح وهو مصرح به في الخزانة والله سبحانه وتعالى أعلم.

المتوسطون يختلفون في ذلك لاختلاف الذكاء والذهن فالرضا يكون أحدهما حكماً لكونه عالماً بحقيقة الحال لا يكون رضا بالآخر فقد تفرد كل واحد من الشاهدين بما شهد به قوله: **(وكذا لأبي امرأته وزوج ابنته)** قال الشرنبلالي في شرح الوهبانية كذا وجد بخط الشيخ ولم ينقل ما قاله الشرنبلالي.

قوله: **(واعلم أن قولهم هنا أن حكم الحكم لا يتعدى إلى العاقلة)** كذا وجد في بعض النسخ مكتوباً قبيل «مسائل شتى» وسقط من بعضها وهو أحسن فإنه قد مر قبيل المسائل التي خالف فيها حكم القاضي

مسائل شتى

لا يتد ذو سفل ولا يثقب فيه كوة بلا رضا ذي العلو زائغة مستطيلة يتشعب

مسائل شتى

أي متفرقات من كتاب القضاء جرياً على عادة المؤلفين جمع شتيت كمرضى جمع مريض من أمر شت أي متفرق، وشت الأمر شتاً وشتاتاً تفرق، واشتت مثله، والشتيت المتفرق، وقوم شتى وأشياء شتى وجاؤوا أشتاتاً أي متفرقين. وأنكر الأصمعي أن تقول شتان ما بينهما وما ورد منه فمولد وتمامه في الصحاح ومنه قوله تعالى ﴿إن سعيكم لشتى﴾ [الليل: ٤] أي إن عملكم لمختلف أي في الجزاء وفي الرازي الكبير أنها أنزلت في أبي بكر وأبي سفيان، وفي الدر المنثور في صاحب نخلة كان غصن منها متدلياً في بيت فقير فكان إذا جاء لينثر ثمره وسقط شيء منها في بيت جاره يأخذه الصبيان فكان ينزل إليهم ويأخذه منهم حتى كان يأخذ التمرة من فم الصبي فشكا إلى النبي ﷺ فدعا صاحب النخلة وقال له أعطني نخلتك المائلة ولك نخلة في الجنة فقال: يا رسول الله ليس لي ثمرة أطيب منها فذهب وكان عندهما رجل يسمع كلامهما فذهب إليه واشترى منه النخله بأربعين نخلة على ساق واحد وأشهد له ثم جاء إلى رسول الله ﷺ وأعطاه النخلة فأرسل النبي ﷺ خلف الفقير وأعطاه النخلة قوله: **(لا يتدذ وسفل ولا يثقب فيه كوة بلا رضا ذي العلو)** أي عند أبي حنيفة. وقالا: يفعل ما لا يضر بالعلو. وقيل: ما حكي عنهما تفسير لقوله فلا خلاف. وقيل: بل فيه خلاف فعندهما الأصل الإباحة لأنه تصرف في ملكه وهو يقتضي الإطلاق، والأصل عنده الحظر لأنه تعلق به حق محترم للغير فصار كحق المرتهن والمستأجر في منع المالك عن التصرف فيه والإطلاق يعارضه الرضا فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء أو نقصه فيمنع عنه ولهذا لا يملك صاحب السفل أن يهدم كل الجدار أو السقف وكذا بعضه، وقول أبي حنيفة قياس كما ذكره فخر الإسلام. وفي المغرب وتدا لوتد ضربه بالميتدة وأثبته. وفي البناية أنه كالخازوق وهو القطعة من الخشب أو الحديد يدق في الحائط ليعلق عليه شيء أو يربط به شيء ا هـ. والكَوة ـ بفتح الكاف ـ ثقب البيت والجمع كوى وقد تضم الكاف في المفرد والجمع، ويستعار لمفاتيح الماء إلى المزارع والجداول؛ كذا في المغرب. وفي الصحاح أن الجمع يمد ويقصر. وأشار المصنف إلى منعه من فتح الباب ووضع الجذوع وهدم سفله. وفي فتح القدير أن فتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقاً وإن وضع مسماراً صغيراً أو

مسائل شتى

قوله: **(وأشار المصنف إلى منعه)** أي منع صاحب السفل.

. . . .

وسطاً يجوز اتفاقاً. ولم يذكر المصنف منع صاحب العلو من التصرف في العلو لاختلاف المشايخ قال الولوالجي في كتاب القسمة: علو لرجل وسفل لآخر اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة قال بعضهم لصاحب العلو أن يبني ما بدا له ما لم يضر بالسفل، وذكر في بعض المواضع لس له ذلك أضر بالسفل أو لم يضر هكذا ذكر في الجامع الصغير، والمختار للفتوى أنه إذا أشكل أنه يضر أم لا لا يملك وإذا علم أنه لا يضر يملك ا هـ. وجعله في الهداية على الخلاف السابق.

وقيد المصنف بالتصرف في الجدار بضرب الوتد وفتح الطاق احترازاً عن تصرفه في ساحة السفل فذكر قاضيخان: لو حفر صاحب السفل في ساحته بئراً وما أشبه ذلك له ذلك عند أبي حنيفة وإن تضرر به صاحب العلو، وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر ا هـ. واتفقوا على منع هدم صاحب السفل الجدار الحامل للعلو كما قدمناه فإن هدمه أجبر على بنائه لأنه تعدى على صاحب العلو بهدم ما هو قرار العلو كالراهن إذا قتل المرهون والمولى إذا قتل عبده المديون فرق بين حق التعلي وبين حق التسييل حيث لو هدم في الأوّل يجبر على البناء، ولو هدم في الثاني لا يجبر. وفي الذخيرة: السفل إذا كان لرجل وعلو لآخر فسقف السفل وجذوعه وهراديه وبواريه وطينه لصاحب السفل غير أن صاحب العلو مسكنه في ذلك ا هـ. وذكر الطرسوسي أن الهرادي ما يوضع فوق السقف إما من قصب أو من عريش. وذكر ابن وهبان أنه المكعب. وفي جامع الفصولين: لكل من صاحب السفل والعلو حق في ملك

قوله: **(فإن هدمه أجبر على بنائه الخ)** قيد بهدمه له لأنه لو انهدم لا يجبر بدليل ما سيذكره قريباً من أنه لو انهدم السفل بغير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي الخ. وفي فتح القدير: وعلمت أنه ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه لأنه تعدى على صاحب العلو وهذا أصل كلي كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه، فإذا فعل أحدهما بغير أمر شريكه فهو متطوع لأن له طريقاً وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنهر بينهما امتنع أحدهما عن كريه وكري الآخر إلى آخر ما يأتي في آخر القولة الثانية. ثم قال: وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعاً كعلو لرجل وسفل لآخر سقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعاً لأنه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه إياه مضطراً ليصل إلى حقه الخ. فثبت الفرق بين الهدم والانهدام فتنبه قوله: **(فسقف السفل وجذوعه وهراديه الخ)** قال منلاعلي التركماني في مجموعته الفقهية: وتطيينه لا يجب على واحد منهما، أما ذو العلو فلعدم وجوب إصلاح ملك الغير عليه، وأما ذو السفل فلعدم إجباره على إصلاح ملكه، وإن زال الطين عنه بتعدي الساكن وجب الضمان وإلا لا؛ كذا أفتى العلامة الخير الرملي رحمه الله تعالى كما هو مصرح في فتاويه في كتاب الدعوى مولانا حامد أفندي. وفيها أيضاً: وأجاب الشيخ اللطفي في فتاويه في مثل هذه المسألة بقوله سقف السفل لصاحب السفل غير أن لصاحب العلو حق السكنى والمقام عليه ومرمة ذلك السقف من تطيين وغيره تلزمه غير أنه لا يجبر على ذلك والله سبحانه أعلم.

....

الآخر لذي العلو حق قراره ولذي السفل حق دفع المطر والشمس عن السفل فالملك مطلق والحق مانع وقد اجتمعا فجمعنا بينهما وتمامه فيه. وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى أحدهما للباني أن يمنع الآخر من وضع الخشب حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنياً. وفي الأقضية: حائط مشترك أراد أحدهما نقضه وأبى الشريك إن كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر، وإن كان بحيث يخاف عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر. وإن هدماه وأراد أحدهما البناء وأبى الآخر إن كان أساس الحائط عريضاً يمكنه أن يبني حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك، وإن كان لا يمكن يجبر؛ كذا عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى. وتفسير الجبر أنه إن لم يوافقه الشريك أنفق على العمارة ورجع على الشريك بنصف ما أنفق. وفي شهادات الفضلي: لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه إن فعل ذلك بقضاء القاضي وإن كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء؛ كذا في فتح القدير. وفي جامع الفصولين: لو هدم ذو السفل سفله وذو العلو علوه أأخذ ذو السفل سفله إذ فوت عليه حقاً ألحق بالملك فيضمن كما لو فوت عليه ملكاً ا هـ. وظاهره أنه لا جبر على ذي العلو وظاهر ما في فتح القدير خلافه والظاهر الثاني، ويحمل الأوّل على ما إذا بنى صاحب السفل سفله وطلب من ذي العلو بناء علوه فإنه يجبر. ولو انهدم السفل بغير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي ولصاحب العلو أن يبني إن شاء ويبني عليه علوه ثم يرجع ويمنعه من السكنى حتى يدفع إليه لكونه مضطراً كمستعير الرهن إذا قضى الدين بغير إذن الراهن لا يكون متبرعاً، ولو انهدم العلو والسفل فكذلك ثم الرجوع بقيمة البناء أو بما أنفق قيل إن كان صاحب العلو مضطراً يرجع على صاحب السفل بقيمة السفل مبنياً لا بما أنفق، وقيل إن بنى بأمر القاضي رجع بما أنفق وإلا رجع بقيمة البناء وبه يفتى؛ كذا في قسمة الولوالجية. وإذن الشريك كإذن القاضي فيرجع بما أنفق كما حرره العلامة ابن الشحنة في شرح المنظومة. وإذا قلنا يرجع بقيمة البناء عند عدم الإذن فهل المعتبر قيمته يوم البناء أو وقت الرجوع؟ قولان والصحيح

قوله: **(والظاهر الثاني)** أراد به ما في جامع الفصولين لذكره بعد كلام الفتح السابق. وقوله «ويحمل الأوّل على ما إذا بنى الخ» أراد بالأوّل ما في الفتح من قوله «لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر» ويخالف هذا الحمل ما قدمه عن الذخيرة من أن سقف السفل وجذوعه وهراديه وبواريه وطينه لصاحب السفل وعليه فلا يجبر صاحب العلو على البناء فيه لأنه لا ضرر لصاحب السفل في تركه بل فيه نفع التخفيف عن سقفه تأمل. ثم ظهر لي عدم المخالفة بين ما في الفتح وبين ما في جامع الفصولين وذلك أن ما في الفتح في الحائط المشترك وما في الجامع في السفل والعلو والفرق أظهر من أن يخفى.

عنها مثلها غير نافذة لا يفتح أهل الأولى فيها باباً بخلاف المستديرة ادعى داراً في يد

وقت البناء وهو مبني على أن المبني يبني على ملك الشريك أو على ملك الباني ثم ينتقل منه أيضاً. وفي جامع الفصولين: جدار بينهما ولكل منهما حموله فوهى الحائط فأراد أحدهما رفعه ليصلحه وأبى الآخر ينبغي أن يقول مريد الإصلاح للآخر ارفع حمولتك بأسطوانات وعمد ويعلمه أنه يريد رفعه في وقت كذا وأشهد على ذلك فلو فعله وإلا فله رفع الجدار فلو سقط حمولته لم يضمن ا هـ.

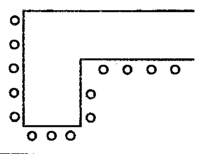
قوله: **(زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح أهل الأولى فيها باباً بخلاف المستديرة)** أي سكة كما في المعراج، وفسرها تاج الشريعة بالسكة غير النافذة سميت بذلك لزيغها عن الطريق الأعظم، وفسرها في غاية البيان بالمحلة سميت بها لميلها من طرف إلى طرف من زاغت الشمس إذا مالت. وفي التهذيب الزائغة الطريق الذي حاد عن الطريق الأعظم، والمستطيلة الطويلة من استصال بمعنى طال. ولم يقيد المؤلف الأولى صريحاً بكونها غير نافذة تبعاً لما في أكثر الكتب، وقيدها في الهداية تبعاً للفقيه أبي الليث والتمرتاشي، ويمكن أن يفهم كلام المؤلف عليه لقوله مثلها غير نافذة فجعل الثانية كالأولى بقيد عدم النفاذ. وصورة الطويلة هكذا:

فالذي يمكنه بأن يفتح باباً في الزائغة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائغة الثانية. وإنما قلنا ليس له ذلك لأن فتحه للمرور ولا حق لأهل الزائغة الأولى في المرور في

قوله: **(ولم يقيد المؤلف الأولى صريحاً بكونها غير نافذة الخ)** قال الرملي: الظاهر أن الحكم فيهما واحد إذ لا عبرة بكون الأولى نافذة أو غير نافذة لامتناع مرور أهلها في الثانية مطلقاً فأطلقه المؤلف فشمل النافذة وغير النافذة، وقيد المتشعبة بكونها غير نافذة لأنها لو كانت نافذة لساغ للعامة المرور فيها فلا يمتنع فتح باب لأهل الأولى بها. وتقييد صاحب الهداية تبعاً للفقهيين وقع اتفاقاً ولذا صورها كثير من أهل التحرير نافذة وكثير غير نافذة، وأما المتشعبة عنها فأجمعوا على تصويرها غير نافذة فتأمل ذلك تفهمه اهـ. وسيأتي ما فيه قوله: **(فالذي يمكنه أن يفتح باباً في الزائغة القصوى الخ)** المراد بالإمكان التصور لا الجواز يعني أن الذي يتصور له فتح باب في الزائغة المتشعبة هو صاحب الدار التي في ركن المتشعبة لأن جداره فيها، أما من قبله فلا يمكنه ذلك لأن جداره في الأولى. وإنما فسرناه بذلك لأنه لا يجوز له فتح الباب فيها كما ذكره المؤلف قوله: **(وإنما قلنا ليس له ذلك لأن فتحه للمرور الخ)** قال الرملي: وذكر في جامع الفصولين عن شيخ الإسلام أن له الفتح والمرور ثم قال: في المسألة اختلاف الروايات واختلاف المشايخ، واختار شيخ الإسلام أن له ذلك مطلقاً وبه يفتى ثم رمز (لض) وجعله خلاف ظاهر الرواية وأقول: وعلى ظاهر الرواية مشت المتون والله تعالى

....

الزائغة القصوى بل هو لأهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لأهل الأولى شفعة بخلاف أهل القصوى فإن لأحدهم أن يفتح باباً في الأولى لأن له حق المرور فيها، وبخلاف النافذة فإن المرور فيها حق العامة، ولا خلاف أن له أن يفتح. وقال البعض: إنه لا يمنع من الفتح بل من المرور لأن فتح الباب رفع جداره وله رفعه كله فله رفع بعضه والأصح المنع من الفتح نص عليه محمد في الجامع، ولأن المنع بعد الفتح لا يمكن لعسر المراقبة وربما على طول الزمان يدعي حق المرور مستدلاً بفتح الباب ويكون القول له للظاهر الذي معه وهو فتح الباب. وقوله «بخلاف المستديرة» معناه لو كانت المتشبعة مستديرة فلهم أن يفتحوا لأن لكل منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة. غاية الأمر أن فيها اعوجاجاً ولذا الكل يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار فيها وهذه صورتها[1].



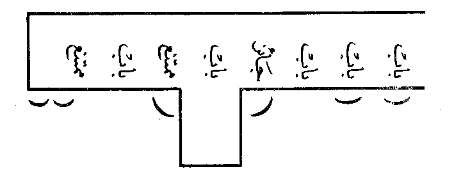
أعلم. ونقل في التتارخانية عن الفتاوى الغياثية عن الصدر الشهيد حسام الدين أن الفتوى على المنع فتحرر أن في المسألة اختلافاً فيرجع إلى ظاهر الرواية تأمل. رجل له دار في سكة غير نافذة لها باب أراد أن يفتح لها باباً آخر أعلى من بابه كان له ذلك اهـ. ذكره قاضيخان. أقول: وإطلاق قول قاضيخان كان له ذلك يقتضي أن ذلك له ولو لم يسد الأول. ورأيت في كتب الشافعية أنه يتعين عليه أن يسده وليس له أن يبقي الأوّل مع الثاني لما فيه من التميز عن بقيتهم ولتضررهم بزيادة الزحمة بانضمامه إلى الأوّل ووقوف الدواب في الدرب، ولا يبعد أن يكون الحكم عندنا كذلك فتأمل. وذكر قاضيخان في الشرب: ولو أن من له طريق في سكة غير نافذة أراد أن يجعل بابه في أسفل السكة اختلفوا فيه؛ قال بعضهم ليس له ذلك لأنه يزداد طريقه ومروره في السكة، وفي الكتاب قال له ذلك وسوى بين الفصلين وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى اهـ. قلت: والظاهر أن اختلاف المشايخ هنا مبني على اختلاف الرواية كما ذكره المحشي عن جامع الفصولين أولاً، وعليه فظاهر الرواية المنع إذ العلة المنع من المرور وهي موجودة في هذه المسألة كما في مسألة الزائغة تأمل. هذا وذكر الزيلعي في أثناء تعليل منع فتح الباب لأهل الأولى في الثانية ما نصه: ويخاف أن يسد بابه الأصلي ويكتفي بالباب المفتوح ويجعل داره من تلك السكة الخ. فتأمله تراه يفيد عدم وجوب سد الباب الأوّل في المسألة المارة وإلا لما عبر هنا بالمخوف بل كان يعبر باللزوم قوله: **(بخلاف أهل القصوى الخ)** الذي يقتضيه التعليل أن هذا فيما إذا كانت الدار التي في القصوى في ركن الأولى الطويلة في ناحية العبور إذ لو كانت في ركن الأولى الطويلة في الناحية الثانية لا يكون له حق المرور

(١) هكذا الرسم بالأصل ولينظر فيه فإنه عين الأولى وليست مستديرة اهـ مصحح.

....

وهنا فصول: الأوّل في تصرف أهل المحلة فيها. الثاني في تصرف الجيران فيما بينهم. الثالث في تعمير المشترك إذا خرب وما يتعلق بالمشترك. أما الأوّل ففي فتح القدير: زقاق غير نافذ أراد إنسان من أهله أن يتخذ طيناً إن ترك من الطريق قدر الممر للناس ويرفعه سريعاً ويفعل في الأحايين مرة لا يمنع، وكذا لو أراد أن يبني آرياً أو دكاناً وهو المصطبة ا هـ. وفي الخلاصة: لرجل دار ظهرها إلى سكة غير نافذة مشتركة بينه وبين غيره أراد أن يفتح باباً المختار أنه ليس له ذلك ا هـ. وزاد في البزازية: وإن جعلها مسجداً إن كان الجدار إلى الطريق الأعظم جاز وإلا فهو مسجد ضرار. ثم قال وفي الفتاوى: سكة غير نافذة مشتركة بين عشرة لكل منهم دار غير أن لأحدهم داراً في سكة أخرى لا طريق لها في هذه السكة وليست بحيال داره التي في هذه غير أن حائطها في هذ السكة قال أبو نصر: له فتح باب في هذه السكة لأن أهل السكة شركاء فيها من أعلاها إلى أسفلها ا هـ. وفي التتمة: زقاق غير نافذ قد اشترى رجل في القصوى داراً فأراد أن يهدمها ويجعلها طريقاً نافذاً ليس له ذلك ا هـ. زاد في البزازية: وإن أراد أن يجعلها مسجداً له ذلك ولمن شاء أن يدخله ويصلي فيه وليس لهم أن يتخذوه طريقاً يمرون فيه. وفي العمادية: جعل الخان لنزول الناس فيه كالمسجد ولو أراد أن يجعلها طريقاً خاصاً له قال الفقيه أبو القاسم: يرفع أهل السكة الأمر إلى القاضي فيوجه عدلين يصوران له الأمر على كاغدة فإن كان ضرراً فاحشاً منعه وإلا لا؛ كذا في الذخيرة. ولو كانت له دار في محلة عامرة

في الطويلة من تلك الناحية فلا يكون له فتح باب فيها، وهذا يتصور فيما إذا كانت المتشعبة في وسط الأولى الطويلة لا في آخرها كالصورة التي رسمت هنا، ولنصورها بهذه الصورة



ففي هذه الصورة لو كانت الدار التي في ركن المتشعبة من جهة العبور بابها من الزائغة الأولى المستطيلة فليس لصاحبها فتح باب من الزائغة المتشعبة، ولو كان بابها من الزائغة المتشعبة فلصاحبها فتح باب من الأولى المستطيلة. وأما الدار التي في الجهة الثانية المتصلة بركن المتشعبة إذا كان بابها من الزائغة الأولى المستطيلة فليس له فتح باب في المتشعبة لأنه لا حق له في المرور فيها، وكذا إذا كان بابها في المتشعبة ليس له فتح باب في الأولى المستطيلة إذ لا حق له في المرور أيضاً لكن هذا مبني على ما ذكره المؤلف من أن الأولى المستطيلة غير نافذة أيضاً إذ لو كانت نافذة فالذي باب داره في المتشعبة يكون له المرور من الجهتين فله فتح باب في المستطيلة. ثم رأيت منقولاً عن شرح المقدسي عند قوله «بخلاف أهل القصوى الخ» هذا إذا فتح في جانب يدخل منه إليها أما في الجانب الآخر غير النافذ فلا اهـ. وهذا عين ما قلنا، وبه ظهر

....

فأراد أن يخربها فالقياس أن له ذلك، وأفتى الكرخي بالمنع استحساناً. وقال الصدر الشهيد: الفتوى اليوم على القياس. وإذا تضرر الجيران من ذلك هل لهم جبره على البناء في غصب فتاوى سمرّقند لهم ذلك. وقال الصدر الشهيد: المختار أنهم ليس لهم ذلك ا هـ. وفي التتمة قال أبو حنيفة في سكة غير نافذة: ليس لأصحابها بيعها ولا قسمتها بينهم لأن الطريق الأعظم إذا كثر فيه الناس كان لهم الدخول للزحام. الثاني في تصرف الجيران أراد الجار أن يعلي حيطانه في هواء مشترك لم يكن للجار منعه، وقال السغدي بالمنع وهو مروي عن محمد ولذا كان الراجح وله صورتان أيضاً منها: حائط بين رجلين قدر قامة فأراد أحدهما أن يزيد في طوله وأبى الآخر فله منعه. ومنها نقض الشريكان الجدار الذي بينهما فأراد أحدهما أن يرفعه أطول مما كان ففي التتمة ليس له منعه إلا أن يكون شيئاً خارجاً عن الرسم بما كان أكثر من ذراعين كما في البزازية. وفي شرح المنظومة: وينبغي أن يكون هذا هو المعتمد. وفي الخلاصة وغيرها: أراد أن يتخذ داره بستاناً ليس لجاره منعه إذا كانت الأرض صلبة ولا يتعدى ضرر الماء إلى جاره وإن كانت رخوة فله منعه، وعلى هذا إذا جعلها طاحونة أو للقصارة أو أراد أن يبنيها حماماً أو اصطبلاً ا هـ. وذكر الرازي في كتاب الاستحسان أن الدار إذا كانت مجاورة للدور فأراد صاحبها أن يبني فيها تنوراً للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحى للطحين أو مدقات للقصارين لم يجز لأن ذلك يضر بجيرانه ضرراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه فإنه يأتي منه الدخان الكثير الشديد ورحى الطحن ودق القصارين يوهن البناء بخلاف الحمام فإنه لا يضر إلا بالنداوة ويمكن التحرز عنه بأن يبني حائطاً بينه وبين جاره، وبخلاف التنور الصغير المعتاد في البيوت.

قال الحسام الشهيد: وكان أبو عبد الله الصيمري تارة يفتي بمنع بناء التنور في ملكه للخبز الدائم في وسط البزازين، وتارة يفتي بأن له ذلك. والقياس أن له ذلك في الكل لكن ترك القياس وأخذ بالاستحسان لأجل المصلحة. واختلف أصحابنا فمنهم من فصل ومنهم من لم يفصل على حسب الحال قال: وكان الشيخ الإمام الأجل برهان الأئمة يفتي بأنه إن كان الضرر بيناً يمنع وبه يفتى؛ هكذا ذكر في كتاب الحيطان للحسام. والظاهر أن برهان الأئمة هو والده فقد نقل عنه ذلك البزازي وأن والده كان يفتي به وعليه الفتوى قال: وهذا جواب المشايخ. وجواب الرواية عدم المنع ثم قال: أصابه ساحة في القسمة فأراد أن يبني عليها ويرفع له البناء ومنعه الآخر فقال يسد على الريح والشمس له الرفع وله أن يتخذه حماماً أو تنوراً، فإن كف عما يؤذي جاره فهو أحسن فقد جاء في الحديث أن من أذى جاره ورثه الله تعالى داره وقد جرب فوجد كذلك. وقال نصير والصفار: له المنع ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه باباً أو

الفرق بين كون الأولى نافذة أو غير نافذة خلافاً لما يفهمه ما قدمناه على الرملي فاغتنم هذه الفائدة قوله:

(وكذا لو أراد أن يبني آريا) بفتح الهمزة وكسر الراء وتشديد الياء آخر الحروف وهو المعلف عند العامة

....

كوة لا يلي صاحب الساحة منعه بل له أن يبني ما يستر جهته، ولو اتخذ في ملكه بئراً أو بالوعة تنز إلى حائط جاره وطلب منه تحويله لم يجبر عليه ولا يضمن عليه إلا إذا انهدم من النز، والإمام ظهير الدين كان يفتي بجواب الرواية. وفيها وعن أستاذنا أنه يفتى بقبول الإمام. وصحح النسفي في الحمام أن الضرر إن كان فاحشاً يمنع وإلا فلا. والحاصل أن الذي عليه غالب المشايخ من المتأخرين والاستحسان في أجناس هذه المسائل، وأفتى طائفة بجواب القياس المروي، واختار في العمارية المنع إذا كان الضرر بيناً وظاهر الرواية خلافه. وذكر العلامة ابن الشحنة أن في حفظه أن المنقول عن أئمتنا الخمسة أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد أنه لا يمنع عن التصرف في ملكه وإن أضر بجاره قال: وهو الذي أميل إليه واعتمده وأفتي به تبعاً لوالدي شيخ الإسلام رحمه الله تعالى ا هـ. ورجح في فتح القدير أيضاً جواب الرواية وقال إنه ظاهر المذهب قال: وحكي عن أبي حنيفة أن رجلاً شكا إليه من بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فتنجست البئر فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه إلى هذه الحيلة ثم قال: وأما قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»[1] فلا شك أنه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود إلى آخر ما ذكره. وفي غصب البزازية: هدم بيته وألقى تراباً كثيراً لزيق جدار جاره ووضع فوقه لبناً كثيراً حتى انهدم جدار جاره إن دخل الوهن بسبب ما ألقى وحمل ضمن هدم داره فانهدم من ذلك بناء جاره لا يضمن. وأما الثالث وهو ما يتعلق بالمشترك وفيه نوعان: الأوّل فيما لأحدهما فعله. والثاني في تعميره إذا خرب. أما الأوّل ففي وقف النوازل: دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشبة على وجه لا يضر بصاحبه وأن يتوضؤوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن، ولو حفر الأرض يؤمر أن يسويها فإن نقص الحفر يضمن النقصان، وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ غير أن في الطريق لا يضمن نقصان الحفر ا هـ. ولو أن لرجل حائطاً ووجهه في دار رجل فأراد أن يطين

وهو المراد عند الفقهاء، والآري في اللغة محبس الدابة وهو في التقدير فاعول والجمع الأواري مخفف ومشدد نقل عن هبة شرح الهداية للعيني قوله: **(ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه باباً أو كوة الخ)** قال الرملي أقول قال الغزي: وقد أفتى شيخ الإسلام قارئ الهداية لما سئل هل يمنع الجار أن يفتح كوة يشرف منها على جاره وعياله، فأجاب بأنه يمنع من ذلك اهـ. وفي المضمرات قال: إذا كانت الكوة للنظر وكانت الساحة محل الجلوس للنساء يمنع وعليه الفتوى اهـ. أقول: لكون الضرر بيناً. وأقول: لا فرق بين القديم والحادث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيها تأمل اهـ. كلام الرملي قوله: **(والحاصل أن الذي**

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ١٧. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٣١. أحمد في مسنده (٥/ ٣٢٧).

....

حائطه ولا سبيل إليه إلا بدخوله دار الرجل أو انهدم الحائط فوقع نقضه في داره فأراد أن يدخل ليشيل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار أو له مجرى ماء في داره فأراد حفره وإصلاحه ولا يمكن إلا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له إما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل أو تفعل بمالك؛ كذا روي عن محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث؛ كذا في فتح القدير.

وفي جامع الفصولين من فصل الحيطان: لو لأحدهما عليه خشبة فللآخر وضع مثله إن كان الحائط يحتمل وإلا يؤمر شريكه برفع بعض الخشبة إلى آخره. وأما الثاني فلا جبر على الآبي لأن الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه، سواء كانت داراً أو حماماً أو حائطاً؛ هكذا في أكثر الكتب. وفي خزانة الأكمل من كتاب الشركة؛ حمام بينهما انهدم فامتنع أحدهما من المرمة لا يجبر أحدهما على البناء مع شريكه ولكن لشريكه أن يبني ثم يؤجره ويأخذ من غلته نفقته فكذا في تحويل آبار القناة أو أنهار آبارها، أما لو احتاجت القناة إلى مرمة من رفع طين وفتح سدد وعيون فإنه يجبر على مساعدة شريكه ا هـ. فلا جبر إلى في هذه المسألة ونحوها. وفي تهذيب القلانسي من كتاب الدعوى: وفي البئر المشترك والدولاب ونحوه يجبر الشريك على العمارة وفي حائط ساتر لا بناء عليه أن ظهر تفتته يفتى بالجبر لأنه ليس له منفعة تمنعه عنها دون الستر وهو يحصل بالبناء ا هـ. هذا إذا لم يكن مال يتيم أو وقف فإن كان مال اليتيم فقال في وصايا الخانية: جدار بين داري صغيرين عليه حمولة يخاف عليه السقوط ولكل صغير وصي فطلب أحد الوصيين مرمة الجدار فأبى الآخر قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: يبعث القاضي أميناً ينظر فيه؛ إن علم أن في تركه ضرراً عليهما يجبر الآبي أن يبني مع صاحبه وليس هذا كإباء أحد المالكين لأن ثَمَّ الآبي رضي بدخول الضرر عليه فلا يجبر، أما ههنا فأراد الوصي إدخال الضرر على الصغير فيجبر على أن يرم مع صاحبه ا هـ. قلت: ويجب أن يكون الوقف كمال اليتيم فإذا كانت الدار مشتركة بين وقفين احتاجت إلى المرمة فأراد أحد الناظرين وأبى الآخر يجبر على التعمير من مال الوقف وقد صارت حادثة الفتوى، وإذا علم أنه لا جبر على الشريك فلطالب المرمة الإنفاق والتعمير ويرجع إن كان مضطراً بأن كان المشترك لا يمكن قسمته بأن كانت داراً صغيرة لا يمكن قسمتها أو حماماً أو حائطاً غير عريض، فإن لم يكن مضطراً كالدار الكبيرة التي يمكن قسمة عرصتها والبناء في نصيبه فلا رجوع. وذكر الحلواني ضابطاً فقال: كل من أجبر أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير

عليه غالب المشايخ من المتأخرين الاستحسان) قال الرملي: وهو المنع إذا كان الضرر بيناً.

قوله: **(ويأخذ من غلته الخ)** أي وبه يندفع الضرر قوله: **(وذكر الحلواني ضابطاً الخ)** قال شيخ مشايخنا منلاعلي التركماني: حاصله إن كان مضطراً فإما أن يجبره الحاكم أو لا، فإن كان يجبره الحاكم فأنفق بلا إذن شريكه لا يرجع، وإن كان مما لا يجبره الحاكم فأنفق بدون أمر الآخر يرجع. هذا هو

رجل أنه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها وبرهن على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل وبعده تقبل ومن قال لآخر اشتريت مني هذه

أمر الآخر لم يرجع لأنه متطوع إن كان يمكنه أن يجبره مثل كري الأنهار وإصلاح السفينة المعيبة وفداء العبد الجاني، وإن لم يجبر لا يكون متطوعاً كمسألة انهدام العلو والسفل ا هـ. ومن ذلك لو أنفق الشريك على الدابة بغير إذن شريكه لم يرجع لتمكنه من رفعه إلى القاضي ليجبره بخلاف الزرع المشترك إذا أنفق عليه بلا إذن فإنه يرجع لأنه لا يجبر شريكه كما في المحيط، فكان مضطراً وقدمنا كيفية الرجوع وسيأتي إن شاء الله تعالى تمام مسائل الحيطان في الدعوى والقسمة ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وفي دعوى الملتقط حائط بين اثنين انهدم فبنى أحدهما بغير إذن صاحبه كان متطوعاً إذا لم يكن لصاحبه عليها جذوع ولا له، إن كان له عليها جذوع يمنع صاحبه عن وضع الجذوع حتى يأخذ نصف ما أنفق في الجدار ا هـ.

قوله: **(ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت فسأل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها وبرهن على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل وبعده تقبل)** لوجود التناقض في الوجه الأوّل لأنه يدعي الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهو تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق، ومرادهم التناقض بين الدعوى والبينة وإلا فالمدعي لا تناقض منه لأنه ما ادعى الشراء سابقاً على الهبة، وفي الوجه الثاني أمكن التوفيق بينهما إذ الشراء وجد بعد وقت الهبة. وفي قوله «جحدني الهبة» إشارة إلى أنه لا بد من توفيقه، وجزم الشارح بعدم اشتراطه للإمكان وعدمه ولا خصوصية لهذه المسألة بل في كل موضع حصل التناقض من المدعي أو منه ومن شهوده أو من المدعى عليه فهل يكفي إمكان التوفيق لدفعه أو لا بد منه أو فيه تفصيل؟ أقوال أربعة قال في البزازية: اختار شيخ الإسلام أن إمكان التوفيق يكفي، وذكر بكر وفي شرح الجامع الكبير أيضاً أن التوفيق بالفعل شرط في الاستحسان والقياس والاكتفاء بإمكانه قال بكر: ومحمد ذكر التوفيق في البعض ولم يذكر في البعض فيحمل السكوت على المذكور. وذكر الخجندي واختار أن التناقض أن من المدعي فلا بد من التوفيق بالفعل ولا يكفي الإمكان وأن من المدعى عليه يكفي الإمكان لأن الظاهر عند الإمكان وجوده والظاهر حجة في الدفع لا في الاستحقاق والمدعي مستحق والمدعى عليه

المفهوم من ضابط الإمام الحلواني رحمه الله تعالى قوله: **(كمسألة انهدام العلو والسفل)** لأنه لا يتوصل إلى حقه أصلاً ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بالإصلاح فصار مضطراً قوله: **(أقوال أربعة)** الأول كفاية الإمكان مطلقاً أي من المدعي أو المدعى عليه تعدد وجه التوفيق أو اتحد. الثاني لا بد من التوفيق بالفعل ولا يكفي الإمكان. الثالث ما ذكره عن الخجندي. الرابع كفاية الإمكان إن اتحد وجه التوفيق لا إن تعددت وجوهه؟ قاله بعض الفضلاء قوله: **(وذكر بكر الخ)** قال الرملي: وجواب الاستحسان هو الأصح كما في منية المفتي.

....

دافع والظاهر يكفي في الدفع لا في الاستحقاق. ويقال أيضاً: إن تعدد الوجوه لا يكفي الإمكان وإن اتحد يكفي الإمكان والتناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبرجوع المتناقض عن الأوّل بأن يقول تركته وادعى بكذا، وبتكذيب الحاكم أيضاً كمن ادعى أنه كفل عن مديونه بألف فأنكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول له منه المال، ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك تقبل عندنا ويرجع على المديون بما كفل لأنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء، وكذا إذا استحق المشتري من المشتري بالحكم يرجع على البائع بالثمن وإن كان كل مشترٍ مقراً بالملك لبائعه لكنه لما حكم ببرهان المستحق صار مكذباً شرعاً باتصال القضاء به ا هـ. ثم اعلم أنهم اختلفوا في اشتراط كون الكلامين عند القاضي فمنهم من شرطه، ومنهم من شرط كون الثاني عند القاضي فقط؛ ذكر القولين في البزازية ولم يرجح وينبغي ترجيح الثاني. ومن التناقض ما إذا ادعاه مطلقاً ثم بسبب فإذا برهن على السبب لم

قوله: **(وبرجوع المتناقض عن الأوّل الخ)** ظاهر كلامه أنه من كلام البزازية ولم أره فيها، والذي رأيته فيها أوائل كتاب الدعوى في نوع في التناقض والتناقض يرتفع الخصم وبتكذيب الحاكم أيضاً. وظاهر ما ذكره المؤلف في الاستحقاق أنه بحث منه، ثم رأيت البزازي ذكر بعد ذلك في نوع في الدفع وذكر القاضي ادعى بسبب وشهدا بالمطلق لا يسمع ولا تقبل لكن لا تبطل دعواه الأولى حتى لو قال أردت بالمطلق المقيد يسمع كما مر إن برهن على أنه له، وفي الذخير أيضاً: ادعاه مطلقاً فدفعه المدعى عليه بأنك كنا ادعيته قبل هذا مقيداً وبرهن عليه فقال المدعي أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع اهـ. ما في البزازية. قال الرملي: ربما يشكل عليه ما في البزازية وغيرها: ادعى على زيد أنه دفع له مالاً ليدفعه إلى غريمه وحلفه ثم ادعاه على خالد وزعم أن دعواه على زيد كان ظناً لا يقبل لأن الحق الواحد كما لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد اهـ. ووجه إشكاله أنه لما قال إن داعواه على زيد كان ظناً فقد ارتفع التناقض والله تعالى أعلم؛ ذكره الغزي. وأقول: قد كتبت فرقاً في حاشيتي على جامع الفصولين بين فرع البزازي وفرع ذكره فراجعه، ويفر ههنا بأن فيما ذكره البزازي امتنع ارتفاع التناقض لتعلقه باثنين فلا تصح الدعوى لما ذكره من امتناع مخاصمة الاثنين في حق واحد وهذا منتف في الواحد وهو محل ما في هذا الشرح فتدبر قوله: **(وينبغي ترجيح الثاني)** قال في منح الغفار بعد نقله: ولم يذكر وجه ترجيحه ولعله لأنه الذي يتحقق به التناقض اهـ. وقدمنا عن النهر في باب الاستحقاق أنه قال: والأوجه عندى اشتراطهما عند الحاكم إذ من شرائط الدعوى كونها لديه، ونقل بعض الفضلاء عن العلامة المقدسي ينبغي أن يكفي أحدهما عند القاضي بل يكاد أن يكون الخلاف لفظياً لأن الذي حصل سابقاً على مجلس القاضي لا بد أن يثبت عنده ليترتب على ما عنده حصول التناقض، والثابت بالبيان كالثابت بالعيان، فكأنهما في مجلس القاضي، فالذي شرط كونهما في مجلسه يعم الحقيقي والحكمي في

الأمة فأنكر للبائع أن يطأها إن ترك الخصومة ومن أقر بقبض عشرة ثم ادعى انها

تقبل، ولو ادعاه بالشراء ثم مطلقاً ثم ادعى الشراء ثالثاً تسمع؛ كذا في البزازية. وهذا يدل على أن المتناقض إذا ترك الكلام الأوّل وأعاد دعوى الثاني تقبل. ثم اعلم أن التناقض كما يكون من متكلم واحد يكون من متكلمين كمتكلم واحد حكماً كوارث ومورث ووكيل وموكل والأولى في البزازية، ولم أر الآن الثانية صريحاً وهي ظاهرة من الأولى. ثم اعلم أن دعوى الهبة من غير قبض غير صحيحة فلا بد من دعواها من ذكر القبض ولهذا صور المسألة شراح الهداية بأنه ادعى أنه وهبها له وسلمها ثم غصبها منه، وذكر العمادي اختلافاً في الإقرار بالهبة أيكون إقراراً بالقبض؟ قيل: نعم لأنه كقبول فيها والأصح لا، وأشار المؤلف إلى أنه لو ادعى الشراء أولاً ثم برهن على الهبة والصدقة فإن وفق فقال جحدني الشراء ثم وهبها مني أو تصدق قبل وإلا فلا كما في خزانة الأكمل. وفي منية المفتي: ادعاها إرثاً ثم قال جحدني فاشتريتها وبرهن تقبل ا هـ.

وقيد بذكر التاريخ لهما لأنه لو لم يذكر لهما تاريخ أو ذكر لأحدهما فقط يقبل لإمكان التوفيق بأن يجعل الشراء متأخراً. وأشار المؤلف إلى مسائل من التناقض: إحداها لو ادعى الشراء من أبيه في حياته وصحته فأنكر ولا بينة فحلف ذو اليد فبرهن المدعي أنه ورثها من أبيه تقبل لإمكان التوفيق، ولو ادعى الإرث أولاً ثم الشراء لا تقبل لعدمه. ومنه برهن على أنه له بالإرث ثم قال لم يكن لي قط أو لم يزد قط لم يقبل برهانه وبطل القضاء، ومنها ادعى أولاً أنها وقف عليه ثم ادعاها لنفسه لا تقبل كما لو ادعاها لغيره ثم لنفسه، ولو ادعى الملك أوّلاً ثم الوقف تقبل كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره؛ كذا في البزازية وسيأتي إن شاء الله تعالى بقيتها في هذا الباب وفي كتاب الدعوى وقدمنا شيئاً منها في باب الاستحقاق من البيوع، وقد أسقط المؤلف من مسائل الهداية هنا مسألة قبل هذه للاكتفاء بذكرها في باب الاستحقاق وكررها في الهداية لاختلاف المقصود في كل موضع يعرف ذلك من نظر في الموضعين.

قوله: **(ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الأمة فأنكر للبائع أن يطأها إن ترك الخصومة)** لأن المشتري لما جحد كان فسخاً من جهته إذ الفسخ يثبت به كما إذا تجاحد، فإذا عزم البائع

السابق واللاحق اهـ. قلت: وسيأتي في الوكالة أن الوكيل بالخصومة يصح إقراره لو أقر عند القاضي لا عند غيره ولكنه يخرج به عن الوكالة، وعند أبي يوسف يصح إقراره مطلقاً لأن الشيء إنما يختص بمجلس القضاء إذا لم يكن موجباً إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة والنكول. ولهما أن المراد بالخصومة الجواب مجازاً والجواب يستحق في مجلس الحكم فيختص به، فإذا أقر في غيره لا يعتبر لكونه أجنبياً فلا ينفذ على الموكل لكنه يخرج به عن الوكالة لأن إقراره يتضمن أنه ليس له ولاية الخصومة اهـ. والحاصل أن اختصاصه بمجلس القاضي لكون لفظ الخصومة يتقيد به وهنا ليس كذلك فالذي يظهر ترجيح عدم اشتراط كون الكلامين مجلس القاضي.

....

على ترك الخصومة تم الفسخ بمجرد العزم وإن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهيه، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستقل بفسخه. وفي إقرار منية المفتي: رجل أقر أن هذه الدار لذي اليد أنا بعتها بألف درهم ووصل الكلام وأنكر ذو اليد الشراء فأقام المقر البينة أن الدار له تقبل بينته، ولو سكت بعد الإقرار أن الدار لذي اليد ثم أقام البينة أن الدار له لم تقبل، ولو أقام البينة على البيع منه في المسألتين تقبل بينته لأنه كذلك ادعاه ا هـ. وبه علم أن الإقرار إذا ذكر له سبب ولم يثبت ذلك السبب فإنه يبطل الإقرار إن كان موصولاً وإلا لا. أشار بحل وطء البائع إلى فسخ البيع فدل على أن للبائع أن يردها على بائعه بعيب قديم لانفساخ البيع. وقيده في النهاية بأن يكون بعد تحليف المشتري إذ لو كان قبله فليس له الرد على بائعه لاحتمال نكول المدعى عليه فاعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث. وقيده الشارح بأن يكون بعد القبض أما قبله فينبغي أن له الرد مطلقاً لكونه فسخاً من كل وجه في غير العقار إلا بعد حلف فيجب تقييد الكتاب، ودل على أن المشتري لو برهن على الشراء منه لم يقبل واختلف في معنى ترك الخصومة أو العزم عليها فقيل يكتفى بالقلب، وقيل يشهد بلسانه على ما في قلبه ولا يكتفى بالقلب؛ ذكرهما في المحيط. وفي الهداية: لا بد من الاقتران بالفعل بإمساكها ونقلها واستخدامها فإن من له خيار الشرط إذا فسخ بقلبه لا ينفسخ. وفي الاختيار: أنكر البيع ثم ادعاه لا يقبل وفي النكاح يقبل لأن البيع ينفسخ بالإنكار والنكاح لا ألا ترى أنه لو ادعى تزويجاً على ألف فأنكرت ثم أقامت البينة على ألفين قبلت ولا يكون إنكارها تكذيباً للشهود، وفي البيع لا تقبل ويكون تكذيباً للشهود ا هـ. ولو ادعت عليه نكاحاً وحلف عندهما أو لم يحلف عنده لا يحل لها التزوّج بغيره لأن إنكاره لا يكون فسخاً فيحتاج القاضي بعده أن يقول فرقت بينكما أو يقول الخصم إن كانت زوجتي فهي طالق بائن. وقيد بالبيع لأنه لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تتزوّج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب؛ كذا في فتح القدير. وقدمنا في النكاح من خيار البلوغ أنه يحتمله في صور بعد التمام. وفي الخلاصة: امرأة ادعت على رجل أنه تزوجها فأنكر الزوج ثم ادعى أنه تزوجها بعد ذلك وأقامت البينة تقبل بخلاف البيع لأن النكاح لا يبطل بجحودهما، ولو ادعى على امرأة أنه تزوّجها فأنكرت المرأة ثم مات الزوج فجاءت المرأة تدعي ميراثه لها الميراث كعكسه عندهما، وعند أبي حنيفة لا ميراث له لأنه لا عدة عليه ولذا له أن يتزوّج بأختها وأربع سواها ا هـ. واعلم أن إنكار النكاح كما لا يكون فسخاً لا يقع به الطلاق وإن نوى بخلاف لست لي بامرأة فإنه يقع به إن نوى عنده خلافاً لهما كما في طلاق البزازية. وفي البزازية: ادعت الطلاق فأنكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث ا هـ. فجحود الطلاق لا يرفعه وفيها: ادعى

زيوف صدق ومن قال لآخر لك علي ألف فرده ثم صدقه فلا شيء عليه ومن ادعى

عليه البيع فأنكر فبرهن على البيع فادعى المدعى عليه فسخه تسمع ولا يكون متناقضاً لأن جحود ما عدا النكاح فسخ ا هـ.

قوله: **(ومن أقر بقبض عشرة ثم ادعى إنها زيوف صدق)** لأن اسم الدراهم يقع على الزيوف كما يقع على الجياد والنبهرجة كالزيوف. أطلقه فشمل ما إذا بين موصولاً أو مفصولاً ولكن عبر بـ«ثم» ليفيد أن البيان مفصول ليعلم حكم الموصول بالأولى. وقيد بالزيوف للاحتراز عما إذا بين أنها ستوقة فإنه لا يصدق لأن اسم الدارهم لا يقع عليها ولذا لو تجوز بالزيوف والنبهرجة في الصرف والسلم جاز وفي الستوقة لا إن كان مفصولاً، وإن كان موصولاً صدق كما في النهاية. فالحاصل أنه موصولاً صحيح في الكل والتفصيل في المفصول. وقيد بإقراره بقبض عشرة لأنه لو أقر أنه قبض حقه أو الثمن أو استوفى لم يصدق للتناقض. وقيد بالدراهم لأن المشتري لو أقر أنه قبض المبيع ثم ادعى عيباً به فالقول لبائعه لأن المبيع متعين فإذا قبضه فقد أقر بأنه استوفى عين حقه دلالة فبدعواه العيب صار متناقضاً. وقيد باقتصاره على قبض الدراهم لأنه لو قال قبضت دراهم جياداً لم يصدق في دعواه الزيوف موصولاً ومفصولاً. وفيها: إذا أقر أنه قبض حقه أو الثمن أو استوفى ثم ادعى أنه كان زيوفاً فإن كان مفصولاً لم يصدق وإلا صدق وهو المراد بما قدمناه. والفرق أن في هذه المسائل الثلاث أقر بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة كان استثناء البعض من الكل فصح موصولاً كقوله له علي ألف إلا مائة، أما إذا أقر بقبض عشرة جياد فقد أقر بكل منهما بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وهو باطل كقوله له علي مائة درهم ودينار إلا ديناراً كان باطلاً وإن كان موصولاً؛ كذا في النهاية. والإقرار بقبض رأس المال كالإقرار بقبض حقه كما في البزازية. ولم يذكر المؤلف حكم وزنها عند الإطلاق والدعوى وفي كافي الحاكم: لو أقر بألف درهم عدداً ثم قال هي وزن خمسة أو ستة وكان الإقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة فلا يصدق على النقصان إذا لم يبين موصولاً وكذا الدنانير، وإن كانوا في بلاد يتعارفون على دراهم معروفة الوزن بينهم صدق ا هـ. والزيوف ما زيفه بيت المال، والنبهرجة ما يرده التجار، والستوقة - بفتح السين - ما غلب غشها فليست دراهم إلا مجازاً لأن العبرة للغالب وأطلق في الدراهم المقر بها فشمل ما إذا كانت ديناً من قرض أو ثمن مبيع أو غصباً أو وديعة - كما في فتح القدير - ورأس المال كذلك - كما في البزازية - وقيد بدعوى المقر لأنه لو أقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه أنها زيوف لم تقبل، وكذا إذا أقر بالوديعة والمضاربة أو الغصب ثم

قوله: **(فلا يطلق عليه مطلقه على الجيد)** عبارة البزازية: فلا يحمل مطلقه على الجيد قوله: **(ثم**

....

زعم الوارث أنها زيوف لم يصدق الوارث لأنه صار ديناً في مال الميت؛ كذا في البزازية: وفيها من الرهن: قضى دينه وبعضه زيوف وستوقة فرهن شيئاً بالستوقة والزيوف وقال خذه رهناً بما فيه من زيوف وستوق صح في حق الستوق لأنها ليست من الجنس ولا يصح في الزيوف لأنها من الجنس فلا دين ا هـ. وقيد بالإقرار بالقبض لأنه لو أقر بألف ولم يبين الجهة ثم ادعى موصولاً أنها زيف لم يقض عليه. واختلف المشايخ قيل أيضاً على الخلاف، وقيل يصدق بالإجماع لأن الجودة تجب في بعض الوجوه لا على البعض فلا تجب بالاحتمال. ولو قال غصبت ألفاً أو أودعني ألفاً إلا أنها زيوف صدق وإن فصل. وعن الإمام أن القرض كالغصب. ولو قال في الغصب والوديعة إلا أنها رصاص أو ستوقة صدق إذا وصل، ولو قال على كر حنطة من ثمن مبيع أو قرض إلا أنه رديء فالقول له، وليس هذا كدعوى الرداءة لأن الرداءة في الحنطة ليست بعيب لأن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والحنطة قد تكون رديئة بأصل الخلقة فلا يطلق عليه مطلقه على الجيد، ولذا لم يجز شراء البر بدون ذكر الصفة، أقر بقرض عشرة أفلس أو ثمن مبيع ثم ادعى أنها كاسدة لم يصدق وإن وصل. وقالا: يصدق في القرض إذا وصل أما في البيع فلا يصدق عند الثاني في قوله الأوّل. وقال محمد: يصدق في البيع وعليه قيمة المبيع. وكذا الخلاف في قوله عليّ عشرة ستوقة من قرض أو ثمن المبيع. ولو قال غصبته عشرة أفلس أو أودعني عشرة أفلس ثم قال هي كاسدة صدق المسلم إليه؛ كذا في البزازية. وذكر في القنية مسألة ما إذا أقر بدين ثم ادعى أن بعضه قرض وبعضه ربا أنه يقبل فيه إذا برهن، وذكره عبد القادر في الطبقات من الألقاب عن علاء الدين.

قوله: **(ومن قال لآخر لك علي ألف فرده ثم صدقه فلا شيء عليه)** لأن إقراره هو الأوّل وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق الخصم بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر له أن يصدقه لأن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد، والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق أما المقر له فينفرد برد الإقرار فافترقا؛ كذا في الهداية. وناقضه في الكافي بأنه ذكر هنا أن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني في مسألة التجاحد قال: ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بالفسخ والترفيق بين كلامه صعب ا هـ. وأقره عليه في فتح القدير بقوله بعده وهو صحيح ويقتضي أنه لو تعذر الاستيفاء مع الإقرار بأن مات ولا بينة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية

قال هي كاسدة صدق المسلم إليه) كذا في البزازية. أقول: المسألة السابقة تمت عند قوله «صدق» وقوله «المسلم إليه» ابتداء مسألة أخرى ذكرها البزازي.

قوله: **(فلا بد من الحجة)** قال في الحواشي السعدية: كيف تقبل حجته وهو متناقض في دعواه

....

والوجه ما قدمه أو لا ا هـ. وأجاب عنه في العناية بأن لا مناقضة لأنه إنما حكم أولاً بكونه فسخاً من جهته لا مطلقاً أو لأن كلامه الأوّل فيما إذا ترك البائع الخصومة والثاني فيما إذا لم يتركها. وقوله «فلا شيء عليه» أي بسبب الإقرار أما إذا برهن المقر له أو صدقه خصمه فإنه يلزم المقر كما في الهداية. وسيأتي رده في البزازية. والحاصل أن كل شيء يكون الحق لهما جميعاً إذا رجع المنكر إلى التصديق قبل أن يصدقه الآخر على إنكاره فهو جائز كالبيع والنكاح. وكل شيء يكون الحق فيه لواحد كالهبة والصدقة والإقرار لا ينفعه إقراره بعده؛ كذا في القنية. وقيد بكون التصديق بعد الرد لأنه لو قبل الإقرار أولاً ثم رده لم يرتد، وكذا الإبراء عن الدين وهبته لأنه بالقبول قد تم، وكذا إذا وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد وإن رده قبل القبول ارتد كما في الإسعاف. ثم اعلم أن الإبراء يرتد بالرد إلا فيما إذا قال المديون أبرئني فأبرأه فإنه لا يرتد كما في البزازية. وكذا إبراء الكفيل لا يرتد بالرد فالمستثنى مسألتان كما أن قولهم إن الإبراء لا يتوقف على القبول يخرج عنه الإبراء عن بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول ليبطلا كما قدمناه في باب السلم. ثم اعلم أنه إذا ادعى أنه أقر بالمال الذي أبرأه منه إن قال أبرأني وقبلته لم يصح الإقرار لعدم صحة الرد بعد القبول، وإن لم يقل وقبلته صح الإقرار لجواز رد الإبراء فيبطل فيصح الإقرار وتمامه في جامع الفصولين. وأطلق في الرد فشمل ما إذا قال ليس لي عليك شيء أو قال هي لك أو قال هي لفلان كما في فتح

تأمل في جوابه اهـ. واستشكله المؤلف أيضاً فيما يأتي في هذه السوادة قوله: **(وأجاب عنه في العناية الخ)** وفي الحواشي اليعقوبية قال صاحب الكفاية: لا تناقض بين كلاميه فيحتاج إلى التوفيق لأن مراده بقوله «لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ» فيما إذا كان الآخر على العقد معترفاً به كما إذا قال أحدهما اشتريت وأنكر الآخر لا يكون إنكاره فسخاً للعقد إذ لا يتم به الفسخ، وفيما إذا قال أحدهما اشتريت مني هذه الجارية وأنكر فالمدعي للعقد هو البائع والمشتري ينكر العقد والبائع بانفراده على العقد فيستبد بفسخه أيضاً وفيه كلام، وهو أن الظاهر من قوله «فيما سبق ولأنه لما تعذر الخ» كون مجرد استقلال البائع في الفسخ لتعذر استيفاء الثمن دليلاً مستقلاً لحل الوطء بدون اعتبار كون إنكار المشتري فسخاً من جانبه حتى لو تعذر الاستيفاء مع عدم الإنكار لا يستبد بالفسخ أيضاً، ويدل على هذا قول صدر الشريعة في تعريفه «حل الوطء لا سيما إذا جحد المشتري الخ» كما لا يخفى، بل غاية ما يمكن في التوفيق أن يقال: إن مراده فيما سبق استبداد البائع بالفسخ لضرورة تعذر استيفاء الثمن ووجوب دفع الضرر هنا لا ضرورة للمقر له بالشراء إلى الفسخ فلا يستبد به، فمراده من قوله ههنا «لأن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ الخ» عدم الانفراد عند عدم الضرورة فلا تنافض لكنه بعيد لا يخفى فليتأمل اهـ. قوله: **(وسيأتي رده في البزازية)** أي رد قوله أما إن برهن المقر له وهو ما قدمناه عن السعدية قوله: **(والحاصل أن كل شيء الخ)** وجد في بعض النسخ مقدماً على قوله وقوله فلا شيء عليه قوله: **(قيد بكون التصديق بعد الرد الخ)** قال الرملي: وفي البزازية الإقرار والإبراء لا

. . . .

القدير، والأخير محمول على ما إذا لم يصدقه فلان وإلا فهو تحويل. وأشار باتحاد الإقرار إلى أنه لو أقر ثانياً بعد الرد فصدقه الثاني ثبت استحساناً لا قياساً كما في فتح القدير. وفي القنية: لو أنكر المقر الإقرار الثاني وادعاه المقر له وأقام بينة لا تسمع ولا يحلف للتناقض بين هذه ورد الإقرار وعدم علم القاضي بما يدفع التناقض وهو رجوع المقر إلى إقراره. قال أستاذنا: ينبغي القبول وهو الأشبه بالصواب إلى آخر ما فيها من الإقرار. وقيد برد المقر له لأن المقر لو رد إقرار نفسه كان أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر أنه أقبضه أو قال هذا لفلان ثم قال هو لي وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذباً لا يحلف المقر له في المسائل كلها عند أبي حنيفة لأنه متناقض كقوله ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالاً وأراد تحليفه لم يحلف، وعند أبي يوسف يحلف للعادة وسيأتي في مسائل شتى آخر الكتاب أن الفتوى على قول أبي يوسف اختاره أئمة خوارزم، لكن اختلفوا فيما إذا ادعاه وارث للمقر على قولين، ولم يرجح في البزازية منهما شيئاً.

وقال الصدر الشهيد: الرأي في التحليف إلى القاضي. وفسره في فتح القدير بأنه يجتهد بخصوص الوقائع فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر يحلف له الخصم، ومن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه، وهذا إنما هو في المتفرس في الأخصام اهـ. ولا خصوصية للألف فالعين كالدين. وقيد بالرد لأنه لو أقر بمال من جهة وكذبه المقر له فيها وادعى أخرى إن لم يكن بين الجهتين منافاة وجب المال كما إذا قال له ألف بدل قرض فقال بدل غصب، وإن كان بينهما منافاة كأن قال ثمن عبد لم أقبضه وقال قرض أو غصب ولم يكن العبد في يده لزمه الألف صدقه في الجهة أو كذبه عند الإمام، وإن كان في يد المدعي فالقول للمقر في يده، وسيأتي في الإقرار وتمامها في إقرار منية المفتي. وقيد بالرد من غير تحويل إلى غيره لأنه لو حوله كما لو أقر ذو اليد بأن الدار لفلان فقال المقر له ما كانت لي قط لكنها لفلان وصدقه فلان فهي للثاني بخلاف المقضي له بالدار إذا قال بعد القضاء ما كان لي فيها حق قط لكنها لفلان وتمامه في المنية. وفي التلخيص: قال أودعتني هذه الألف فقال لا بل لي ألف قرض فقد رد لأن العين غير الدين إلا أن يتصادقا لأن المصر كالمبتدئ، ولو قال أقرضتكها أخذ الألف لأن التكاذب في الزوال، ولو قال غصبتها أخذ ألفاً لأن موجبه

يحتاجان إلى القبول ويرتدان بالرد. قال في الخلاصة: لأن لكل أحد ولاية على نفسه وليس لغيره أن يمنعه ولكن للمقر له أن لا يقبل صيانة لنفسه عن المنة. وفي التتارخانية نقلاً عن الكافي: والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل يرده اهـ. قلت: ويستثنى الإبراء عن بدل الصرف والسلم كما سيذكره المؤلف قريباً.

قوله: **(وإن كان بينهما منافاة الخ)** عبارة المنية هكذا: وإن كان بينهما منافاة بأن قال المدعى

على آخر مالاً فقال ما كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي على ألف وهو برهن على

الضمان فاتفقا على الدين واختلفا في الجهة فلغت، وكذا لو أقر بالقرض وهو ادعى الثمن لا يلزم زوجتك بكذا لا بل بعتني لأن السبب مقصود لتباين الحلين ولذا لم يصح الإقرار بمطلقه بخلاف المال ا هـ. ولم يذكر حكم وزنها عند الإطلاق والدعوى وفي كافي الحاكم: لو أقر بألف درهم عدداً ثم قال هي وزن خمسة أو ستة وكان الإقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة فلا يصدق على النقصان إذا لم يبين موصولاً، وكذا الدنانير وإن كانوا في بلاد يتعارفون على دارهم معروفة الوزن بينهم صدق ا هـ. وفي البزازية: في يده عبد فقال لرجل هو عبدك فرده المقر له ثم قال بل هو عبدي وقال المقر هو عبدي فهو لذي اليد المقر، ولو قال ذو اليد للآخر هو عبدك فقال لا بل هو عبدك ثم قال الآخر بل هو عبدي وبرهن لا يقبل للتناقض ا هـ. وهذا بخلاف ما في الهداية من أنه لا بد من الحجة فإنه يقتضي سماع الدعوَى وهو مشكل. وقيد بالإقرار بالمال احترازاً عن الإقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء فإنها لا ترتد بالرد. أما الثلاثة الأول ففي البزازية: قال لآخر أنا عبدك فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه فهو عبده ولا يبطل الإقرار بالرق بالرد كما لا يبطل بجحود المولى بخلاف الإقرار بالدين والعين حيث يبطل بالرد، والطلاق والعتاق لا يبطلان بالرد لأنه إسقاط يتم بالمسقط وحده ا هـ. وأما الإقرار بالنسب وولاء العتاقة ففي شرح المجمع من الولاء: وأما الإقرار بالنكاح فلم أره الآن وحاصل مسائل رد الإقرار بالمال أنه لا يخلو إما أن يرده مطلقاً أو يرد الجهة التي عينها المقر وحولها إلى أخرى أو يرده لنفسه ويحوله إلى غيره؛ فإن كان الأوّل بطل، وإن كان الثاني فإن لم يكن بينهما منافاة وجب وإلا بطل، وإن كان الثالث فإن صدقه فلان تحول إليه وإلا فلا، وإن كان بطلاق أو عتاق أو ولاء أو نكاح أو وقف أو نسب أو رق لم يرتد بالرد فيقال الإقرار يرتد برد المقر له إلا في هذه المسائل.

قوله: **(ومن ادعى على آخر مالاً فقال ما كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي على ألف وهو برهن على القضاء أو الإبراء قبل)** لإمكان التوفيق لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه، ولا فرق بين أن يؤكد النفي بكلمة قط أو لا. وأطلقه فشمل ما إذا قضى بالمال ثم ادعى الإيفاء كما في الملتقط فالدفع بعد القضاء صحيح إلا في مسألة المخمسة كما سيأتي. وأشار

عليه ثمن عبد باعنيه إلا أني لم أقبضه، وقال المدعى بدل قرض أو غصب فإن لم يكن العبد في يد المدعي بأن أقر المدعى عليه ببيع عبد لا بعينه فعند الإمام يلزمه الألف، صدقه المدعي في الجهالة أو كذبه، ولا يصدق في قوله لم أقبضه وإن وصل، وإن كان في يد المدعي بأن كان المقر عين عبداً فإن صدقه المدعي يؤمر بأخذه وتسليم العبد إلى المقر كذا إذا قال العبد له ولكن هذه الألف عليه من غير ثمن هذا العبد، وإن كذبه وقال العبد لي وما بعته وإنما لي عليه بسبب آخر من بدل قرض أو غصب فالقول للمقر مع يمينه بالله ما لهذا عليه ألف من غير ثمن هذا العبد اهـ.

القضاء أو الابراء قبل. وإن زاد لا أعرفك لا ومن ادعى على آخر أنه باعه أمته فقال لم

المؤلف إلى أنه لو ادعى القصاص على آخر فأنكر فبرهن المدعى عليه وأقام البينة على العفو أو على الصلح عنه على مال تقبل، وكذا في دعوى الرق. وقيد بكون المدعى عليه لم يصالح لسكوته عنه والأصل العدم، أما إذا أنكر فصالحه على شيء ثم برهن على الإيفاء أو الإبراء لم تسمع دعواه؛ كذا في الخلاصة بخلاف ما إذا ادعى الإيفاء ثم صالحه فإنه يقبل منه برهانه على الإيفاء كما في الخزانة، وإلى أنه متى أمكن التوفيق فلا تناقض. فمن ذلك: ادعى مالاً بالشركة ثم ادعاه ديناً عليه تسمع وعلى القلب لا لأن مال الشركة ينقلب ديناً بالجحود والدين لا ينقلب أمانة ولا شركة؛ كذا في البزازية. وفي مجموع النوازل: ادعى عليه شيئاً فأجاب قائلاً إني آتي بالدفع فقيل أعلى الإيفاء أو الإبراء؟ فقال: على كليهما. يسمع قوله إن وفق بأن قال أوفيت البعض وأبرأني عن البعض أو قال أبرأني عن الكل لكن لما أنكر الإبراء أوفيته ا هـ. ولا يخفى أن على القول بأن الإمكان كافٍ يسمع مطلقاً. ومن مسائل دعوى الإيفاء ما في المحيط من المسألة المخمسة: ادعى على آخر مائتي درهم وأنه استوفى مائة وخمسين وبقي عليه خمسون وأثبتها بالبينة ثم برهن المدعى عليه أنه أوفاه الخمسين لا تسمع حتى يقولا هذه الخمسون التي تدعي لأن في مائة وخمسين خمسين ا هـ. وفي دعوى الملتقط: لو أقام البينة أن له على فلان أربعمائة درهم ثم أقر المدعي أن للمنكر عليه ثلاثمائة سقط عن المنكر ثلاثمائة عند أبي القاسم الصفار، وعند أبي أحمد بن عيسى بن النضر أنها لا تسقط وعليه الفتوى ا هـ. وليتأمل في وجه عدم السقوط. وقيد بدعوى الإيفاء بعد الإنكار إذا لو ادعاه بعد الإقرار بالدين فإن كان كلا القولين في مجلس واحد لم يقبل للتناقض، وإن تفرقا عن المجلس ثم ادعاه وأقام البينة على الإيفاء بعد الإقرار تقبل لعدم التناقض، وإن ادعى الإيفاء قبل الإقرار لا تقبل؛ كذا في خزانة المفتين.

قوله: **(وإن زاد ولا أعرفك لا)** أي زاد قوله «ولا أعرفك» على قوله «ما كان لك علي شيء قط» لم يقبل برهانه. والمراد هذه الكلمة وما كان معناه نحو «ولا رأيتك» أو «ولا جرى بيني وبينك معاملة أو مخالطة أو خلطة» أو «ولا أخذ ولا إعطاء» أو «ما اجتمعت معك في مكان» كما في فتح القدير. وإنما لم تقبل لتعذر التوفيق بين كلاميه لأنه لا يكون بين اثنين معاملة من غير معرفة، وذكر عن أصحابنا القدوري أنه يقبل لإمكان التوفيق لأن المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذي بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضاء الخصم ولا يعرفه

قوله: **(وليتأمل في وجه عدم السقوط)** قال في المنح: والظاهر أن المدعى عليه لما كان جاحداً فذمته غير مشغولة بشيء في زعمه فأنى تقع المقاصة والله تعالى أعلم اهـ. ونقله عنه الرملي مع زيادة وهي قوله: أو نقول يجعل تصميمه على الإنكار رداً لما أقر به المدعي وهو مما يرتد بالرد اهـ. قوله: **(وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل)** قائلة صاحب الكافي كما ذكره العيني وقوله «في هذا

....

ثم يعرفه. وفرع عليه في النهاية تبعاً لقاضيخان بأن المدعى عليه لو كان ممن يتولى الأعمال بنفسه لا يقبل ا هـ. فالمحتجب من لا يتولى الأعمال بنفسه، وقيل من لا يراه كل أحد لغظمته. وفي القاموس: الشغب ويحرك وقيل لا تهييج الشر. وفي إصلاح الإيضاح: وفيه نظر لأن مبني إمكان التوفيق على أن يكون أحدهما ممن لا يتولى الأعمال بنفسه لا على أن يكون المدعي عليه بخصوصه، وتصوير القدوري إمكان التوفيق فيه لا يدل على ذلك ا هـ. ودفعه ظاهر لأن الكلام كله في تناقض المدعى عليه لا المدعي. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أنه إذا لم يكن التوفيق لم يندفع التناقض، فمن ذلك ما في المعراج معزياً إلى الشافي: لو قال لم أدفع إليه شيئاً ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يقول لم أدفع إليه شيئاً وقد دفعت، أما لو ادعى إقراره بالدفع إليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لأن المتناقض هو الذي يجمع بين كلامين وههنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعي عياناً لم يكن مناقضاً: ذكره التمرتاشي. ومن هنا أجبت عن حادثة أذن له في دفع المال لأخيه ثم ادعى عليه أنه ما دفع فقال دفعت ثم قال لم أدفع فحكم عليه فجاء الأخ فأقر أنه دفع له فإنه يبرأ لأن تصديق الأخ المأذون في الدفع إليه كتصديق المدعي، وقد علمت ما إذا صدق المدعي. وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة. وفي البزازية: ادعى عليه ملكاً مطلقاً ثم ادعى عليه عند ذلك الحاكم بسبب يقبل ويسمع برهانه بخلاف العكس إلا أن يقول العاكس أردت بالمطلق الثاني المقيد الأوّل لكون المطلق أزيد من المقيد وعليه الفتوى؛ نص عليه شمس الأئمة. ادعى النتاج أولاً ثم الملك المقيد فقياس ما ذكروه أنه إذا ادعى النتاج وشهدا بالمقيد لا يقبل ينبغي أن لا يصح ا هـ. وفي إقرار البزازية: أقر ببيع عبده من فلان ثم جحده صح لأن الإقرار بالبيع بلا ثمن إقرار باطل ا هـ. وفي جامع الفصولين: كفل بثمن أو مهر ثم الكفيل برهن على فساد البيع والنكاح لا تقبل لأن إقدامه على التزام المال إقرار منه بصحة سبب وجوب المال فلا تسمع منه بعده دعوى الفساد، ولو برهن على إيفاء الأصيل أو على إبرائه تقبل لأنه تقرير للوجوب السابق. كفل عنه بألف لرجل يدعيه فبرهن الكفيل أن الألف المدعاة ثمن خمر لا تقبل، ولو قال الكفيل الألف المدعاة قمار أو ثمن خمر أو نحوه مما لا يجب لا يقبل قوله، ولو برهن على إقرار المكفول له وهو يجحد لا يقبل قوله وليس له أن يحلف الطالب، ولو أقر به الطالب عند القاضي بريء الأصيل والكفيل جميعاً ا هـ. أقول: لا يقال لما برئا بإقراره ينبغي أن تقبل بينة إقراره لأن البينة تسمع عند صحة الدعوى وقد بطلت هنا للتناقض لأن كفالته إقرار بصحتها ا هـ. وفي الاختيار: كل قولين متناقضين صدرا من

الفصل» أي فصل المحتجب والمخدرة؛ أبو السعود قوله: **(لكون المطلق أزيد من المقيد)** لأن المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق به الزوائد والمقيد بسبب يقتصر على وقت وجوب السبب.

أبعها منك قط فبرهن على الشراء فوجد بها عيباً فبرهن البائع أنه بريء إليه من كل

المدعي عند الحاكم فإن أمكن التوفيق قبل وإلا لم يقبل كما إذا صدر من الشهود، وكل ما أثر في قدح الشهادة أثر في منع استماع الدعوى ا هـ.

قوله: **(ومن ادعى على آخر أنه باعه أمته فقال لم أبعها منك قط فبرهن على الشراء فوجد بها عيباً فبرهن البائع أنه بريء إليه من كل عيب لم تقبل)** للتناقض لأن اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيقتضي وجود العقد، وقد أنكره بخلاف ما تقدم من مسألة الدين لأن الباطل قد يقضى ويبرأ منه دفعاً للدعوى الباطلة، وما في الكتاب هو ظاهر الرواية عن الكل. وحكى الخصاف رواية عن أبي يوسف أنها تقبل لإمكان التوفيق بأن باعها وكيله وأبرأه عن العيب، ونظيره ما ذكره أبو يوسف أنه لو ادعى الشراء من شخص وهو منكر فأقام المدعي بينة على الشراء منه فأقام المنكر البينة أنه قد رد المبيع على تقبل لما ذكرناه من إمكان التوفيق؛ هكذا عزا هذا الفرع الشارح إليه، وجزم به في الخلاصة على أنه نقل المذهب فقال: ادعى على آخر أنه اشترى منه هذه الدار فأنكر الشراء فلما أقام المدعي البينة على الشراء ادعى المدعى عليه أنه ردها عليه يعني أقالها يسمع هذا الدفع. ولو لم يدع الإقالة ولكن يدعي إيفاء الثمن أو الإبراء اختلف المتأخرون، ومن هذا الجنس صارت واقعة بسمرقند صورتها: ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على كذا في المهر وطالبته بالمهر وأنكر الزوج النكاح أصلاً، فلما أقامت المرأة البينة على النكاح ادعى الزوج أنه خالعها على المهر تسمع لأنه يحتمل أنه زوجها منه أبوه وهو صغير وهو لا يعلم. ومن هذا الجنس رجل ادعى على آخر ألفاً وديعة فأنكر فلما أقام البينة على الإيداع ادعى المدعى عليه الرد أو الهلاك إن قال أولاً ليس لك علي شيء يسمع، وإن قال ما أودعتني أصلاً لا يسمع ا هـ. واستشكل مسألة الكتاب في جامع الفصولين بأنه ينبغي أن تقبل البينة فيها وفاقاً خلافاً لزفر لأنه صار مكذباً شرعاً ببينة المدعي فلحق إنكاره بالعدم فصار كما في الكفالة من أن رجلاً لو برهن أن له على الغائب ألفاً وهذا كفيله بأمره يرجع الكفيل على الغائب ولو أنكر الكفالة أصلاً لأنه صار مكذباً شرعاً في إنكاره فلحق بالعدم. قال: ويمكن الفرق بأن الحكم بأدائه ثمة حكم بالرجوع أيضاً فلا حاجة إلى إقامة البينة ثانياً على كفالته لثبوتها أولاً، وهنا الحكم بالشراء ليس بحكم بالبراءة والإيفاء فلا بد من الدعوى فيبطله التناقض فافترقا. ويمكن أن يرد بأن إنكاره لما لحق بالعدم لما مر لا يتحقق التناقض لعدم إنكاره البيع والشراء فينبغي أن تصح الدعوى على أصل من العدة. أنكر البيع فبرهن عليه المشتري فادعى البائع إقالة يسمع هذا الدفع ولو لم يدع الإقالة ولكن ادعى إيفاء الثمن أو الإبراء اختلف المتأخرون ا هـ. وقد أجبنا عنه في حاشيتنا عليه بما حاصله أن المقر إنما يصير مكذباً شرعاً إذا حكم القاضي بما يخالف

قوله: **(من العدة)** لفظ العدة رمز كتاب وما بعده نقل عنه قوله: **(وقد أجبنا عنه في حاشيتنا**

. . . .

إقراره، وفي مسألتنا لم يقض القاضي بالبيع حتى تناقض الخصم فلم يكن مكذباً شرعاً كما لا يخفى.

وبما قررناه ظهر أن تقييد المؤلف مسألة الكتاب بدعوى الرد بالعيب بعد الإنكار لأصل البيع للاحتراز عن دعوى الإقالة ويحتاج إلى الفرق بينهما كما يحتاج إليه فيما في البزازية: ادعى عليه شراء عبده فأنكر فبرهن عليه فادعى عليه أنه رده عليه بالعيب تسمع لأنه صار مكذباً في إنكار البيع فارتفع التناقض بتكذيب الشرع كما ارتفع بتصديق الخصم ا هـ. وفي جامع الفصولين: ولو قال لا نكاح بيني وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع تقبل بينته، ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط أو قال لم أتزوجها قط والباقي بحاله ينبغي أن يكون هذا ومسألة العيب سواء، وثمة في ظاهر الرواية لا تقبل بينة البراءة عن العيب لأن البراءة عن العيب إقرار بالبيع فكذا الخلع يقتضي سابقة النكاح فيتحقق التناقض ا هـ. ثم اعلم أن التناقض بين الدعوتين لا بد أن يكون عند القاضي يدل عليه ما في الأجناس والصغرى: ادعى محدوداً بشراء أو إرث ثم ادعاه ملكاً مطلقاً لا يسمع إذا كانت الدعوى الأولى عند القاضي، فأما إذا لم تكن عند القاضي فهذا والأول سواء. قال البزازي: وهذا على الرواية التي ذكروا أن التناقض إنما يتحقق إذا كان كلا الدعوتين عند القاضي، فأما من اشترط أن يكون الثاني عند القاضي يكفي في تحقق التناقض كون الثاني عند الحاكم. ثم قال في فصل الدفع وفي المحيط: ادعى على آخر عند غير الحاكم بالشراء أو الإرث ثم ادعاه عند الحاكم مطلقاً إن ادعى الشراء من معروف لا تقبل، وإن ادعاه من مجهول ثم المطلق عند الحاكم تقبل دلت المسألة أنه لا يشترط في التناقض كون المتدافعين في مجلس الحكم بل يكتفي بكون الثاني في مجلس الحكم ا هـ. وقدمنا أنه المعتمد. ثم اعلم أن المتناقض إذا قال تركت الكلام الأول واستقر على الثاني يقبل منه. قال في البزازية وفي الذخيرة: ادعاه مطلقاً فدفعه

عليه) قال الرملي: وعليك أن تتأمل في هذا الجواب اهـ. أي فإن القضاء بالشراء قضاء بالبيع فما معنى قوله «لم يقض القاضي بالبيع»؟ وأقول: الجواب النافع إن شاء الله ما يستفاد من كتاب نور العين في غير هذا المحل وفي غير هذه المسألة، وهو أن الكفيل لما التحق زعمه بالعدم وثبت خلافه وهو كونه كفيلاً لم يسع في إعادة زعمه ولم يرد نقض البينة بل رضي بموجبها حتى جعله مبني لدعواه الرجوع على الأصيل، وأما البائع في مسألتنا فقد سعى في إعادة ما آل زعمه وهو براءة ذمته بعد التحاقه بالعدم بثبوت خلافه وأراد نقض ما أثبتته البينة وهو عدم براءة ذمته، فهذا فرق واضح حق. وكذا يقال في دعوى الإقالة لأنها فسخ للعقد الذي أثبته الخصم بالبينة ففيه تقرير لموجبها، ومثله يقال في مسألة البزازية الأخيرة فاحفظه فإنه ينفعك في كثير من أمثال هذه المسائل.

قوله: **(لا بد أن يكون عند القاضي)** قدمنا الكلام عليه عند قوله «ادعى داراً في يد رجل» فراجعه قوله: **(ثم اعلم أن المتناقض إذا قال تركت الكلام الأول الخ)** قدم المسألة في شرح قوله

عيب لم تقبل ويبطل الصك بأن شاء الله تعالى وإن مات ذمي فقالت زوجته أسلمت

المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيداً وبرهن عليه فقال المدعي ادعيه الآن بهذا السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع ا هـ. ثم اعلم أن التناقض المانع أما أن يسمع الحاكم الكلامين أو يسمع الثاني فيدفع المدعى عليه أنه قال أولاً كذا يريد دفعه فينكر فيبرهن المدعى عليه على قوله الأول فيثبت التناقض وهذا هو طريق دفع الدعوى وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في المخمسة من الدعوى. وفي الظهيرية: ادعى عليه أن أباك أوصى لي بثلث ماله فأنكر المدعى عليه الوصية فبرهن المدعي فقال المدعى عليه إن أبى رجع عن هذ الوصية قيل لا يصح هذا الدفع والصحيح أنه صحيح، وكذا لو برهن على جحود أبيه بناء على أن الجحود رجوع ا هـ. وفيها: ادعت امرأة على ورثة زوجها المهر فأنكروا نكاحها فبرهنت فدفعوا بأنها كانت أبرأت أباناً في حياته إن قالوا أبرأته عن المهر لا يصح للتناقض، وإن قالوا أبرأته عن دعوى المهر صح ا هـ. وفي البزازية: ادعى عليه ألف درهم ثمن جارية بشرائط وعجز عن إثباتها فقال كانت الألف وديعة عنده لا تقبل، ولو ادعى كونها وديعة فعجز فادعى كونها قرضاً تقبل ا هـ.

قوله: **(ويبطل الصك بأن شاء الله تعالى)** أي يبطل مكتوب الشراء أو الإقرار ونحوهما إذا كتب في آخره إن شاء الله تعالى فيبطل البيع ونحوه ولكون الاستثناء مبطلاً. وفي الصحاح: الصك كتاب فارسي معرب والجمع أصك وصكاك وصكوك ا هـ. أطلقه فشمل ما إذا اشتمل على شيء واحد وأشياء وفي الثاني الاختلاف قال الإمام: إذا كتب بيع وإقرار وإجارة وغير ذلك ثم كتب في آخره إن شاء الله تعالى بطل الكل قياساً لأن الكل كشيء واحد بحكم العطف، وبطل الأخير عندهما فقط استحساناً لانصراف الاستثناء إلى ما يليه لأن الصك للاستيثاق، وكذا الأصل في الكلام الاستيثاق وأشار إلى أن الكتابة كالنطق فلا بد فيها من اتصال المشيئة، فلو ترك فرجة فإن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه اتفاقاً كالسكوت. والحاصل أنهم اتفقوا على أن المشيئة إذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله الحرام إن شاء الله ينصرف إلى الكل فيبطل الكل، فمشى أبو حنيفة على حكمه، وهما أخرجا صورة كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى

«ادعى داراً في يد رجل الخ» والأولى ما عبر به في فصل الاستحقاق حيث قال: ثم اعلم أن المتناقض الذي لا تسمع دعواه إذا قال تركت أحد الكلامين فإنه يقبل منه اهـ. لأن قوله هنا «إذا قال تركت الكلام الأول الخ» لا يوافقه كلام البزازية. ثم إن كلام البزازية لا يدل على أن هذا قاعدة كلية كما يقتضيه كلام المؤلف بل في هذه الصورة الجزئية، وفي الحقيقة رجوعه عن الإطلاق إلى التقييد من قبيل التوفيق يدل عليه قول الخانية حتى لو قال أردت بهذا الملك المطلق الملك بذلك السبب تسمع دعواه وتقبل بينته فليتأمل.

....

تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملاً متعاطفة للعادة وعليها يحمل الحادث، ولذا كانا قولهما استحساناً راجحاً على قوله؛ كذا في فتح القدير. فظاهره أن الشرط ينصرف إلى الجميع وإن لم يكن بالمشيئة. وفي وكالة البزازية: وعن الثاني قال امرأة زيد طالق وعبده حر وعليه المشي إلى بيت الله إن دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان بكله لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال ا هـ. وأما الاستثناء بـ«إلا» وإحدى أخواتها فينصرف إلى الأخير عندنا كما علم في آية رد شهادة المحدود في القذف، وعليه فرع في خزانة المفتين من الإقرار. والحاصل أن الشرط إذا تعقب جملاً متعاطفة متصلاً بها فإنه للكل، وأما الاستثناء بـ«إلا» فإلى الأخير، فلو أقر لاثنين بمالين واستثنى شيئاً كان من الأخير، ولو أقر بمالين كمائة درهم وخمسين ديناراً إلا درهماً انصرف إلى الأول استحساناً. وأما الاستثناء بإن شاء الله تعالى بعد جملتين إيقاعيتين فإليهما اتفاقاً وبعد طلاقين معلقين أو طلاق معلق وعتق معلق فإليهما عند محمد، وعند أبي يوسف إلى الأخير، واتفقوا على انصرافه إلى الأخير في غير العطف وفي المعطوف بعد السكوت كما في إيضاح الكرماني. وفيه من الأيمان: إذا عطف على يمينه بعد سكوته ما يوسع على نفسه لم يصح كالاستثناء، وإن كان فيه تشديد على نفسه صح، فلو قال إن دخلت الدار فأنت طالق وسكت ثم قال وهذه الأخرى دخلت الثانية في اليمين بخلاف وهذه الدار الأخرى، ولو قال هذه طالق ثم سكت وقال وهذه طلقت الثانية، وكذا في العتق ا هـ. وفي الهداية: ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو وكيلي بما فيه إن شاء الله يبطل الذكر كله عنده، وعندهما بطل التوكيل. والمراد بذكر الحق الصك كما في القاموس، والمراد بمن قام به أن من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق وأورد عليه لزوم صحة توكيل المجهول. وأجيب بأن الغرض من كتابته إثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي فلا يمتنع المديون عن سماع خصومته عند أبي حنيفة، ودفع بأنه لا يفيد على قوله لأن الرضا بتوكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضاً. والظاهر عندي أن محمداً إنما ذكره ليفيد أنه ينصرف الاستثناء إلى الكل عنده وإن كان فاسداً فكيف إذا كان صحيحاً بدليل مسألة ضمان الخلاص مع فساده عنده. وقيل: بل فائدته التحرز عن قول ابن أبي ليلى فإنه لا يصحح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم إلا إذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز لكن المذكور في كتب المذاهب الأربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقاً ا هـ؛ كذا في فتح القدير. وفي وكالة البزازية: قال لرجلين أيكما باع هذا فهو جائز فأيهما باع جاز قال وكلت هذا أو هذا ببيعه فهو باطل ا هـ.

قوله: **(والحاصل أن الشرط إذا تعقب جملاً الخ)** قال في الحواشي السعدية: لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فإن الاستثناء ينصرف إلى الجملة الأخيرة على أصله لأن ذلك في الاستثناء

بعد موته وقال الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم وإن قال المودع هذا ابن مودعي لا

قوله: **(وإن مات ذمي فقالت زوجته أسلمت بعد موته وقال الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم)** وقال زفر: القول لها لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات. ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة، وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق. وأشار بكون الزوج ذمياً إلى أنه لو مات مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضاً ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه، أما الورثة فهم الدافعون ويظهر لهم ظاهر الحدوث أيضاً كما في الهداية. والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فإن ما يثبت به الاستحقاق كثيراً ما يكون ظاهراً كأخبار الآحاد كثيراً ما توجب استحقاقاً؛ كذا في فتح القدير. وفي التحرير: الاستصحاب الحكم ببقاء أمر محقق لم يظن عدمه وكتبنا تفاريعه في الأشباه والنظائر في قاعدة اليقين لا يزول بالشك، وسيأتي في آخر باب التحالف مسائل من الظاهر. وفي خزانة الأكمل: مات ذمي وله ابنان أحدهما مسلم فبرهن على أن أباه مات مسلماً والآخر على أنه مات كافراً أقضي بالميراث للمسلم منهما وإن كان شهوده من الذمة وشهود الكافر من المسلمين، وكذا لو قال أحدهما كنت مسلماً وكان أبي مسلماً فصدقه أخوه وقال وأنا كنت مسلماً في حياته فكذبه أخوه وقال أسلمت بعد موته فالميراث للذي اجتمعا على إسلامه قبل موت أبيه، كذا لو اختلفا في الرق والعتق فالميراث لمن اجتمعا على عتقه في حياة أبيه ا هـ. وفيها: ادعى خارجان داراً في يد ذمي وادعيا الميراث وبرهنا قضي به بينهما، وإن كان شهود الذمي مسلمين وإلا قضي به للمسلم وإن كان شهوده كفاراً ا هـ. وقيد المؤلف بما ذكر من المسألة لأن امرأة الميت المسلمة لو قالت مات زوجي وهو مسلم وهذه داره ميراثاً لي وقال ولده وهم كفار مات كافراً وصدق أخو الميت المرأة وهو مسلم قال في الخزانة: قضيت للمرأة وللأخ دون الولد. وفيها: لو مات رجل وأبواه ذميان فقالا مات ابننا كافراً وقال ولده المسلمون مات مسلماً فميراثه للولد دون الأبوين ا هـ. وحاصله أنهم إذا اختلفوا في موت الميت على الإسلام أو الكفر فالقول لمن يدعي أنه مات على الإسلام فعلى هذا لا يحتاج إلى تصديق الأخ في المسألة السابقة وتكفي دعوى المرأة أنه مات مسلماً كما لا يخفى وإلا فما الفرق.

بـ«لا» وقوله إن شاء الله شرط شاع إطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس إياه حقيقة فتأمل. قوله: **(ويظهر لهم)** لعله «ويشهد لهم الخ» قوله: **(كإخبار الآحاد كثيراً)** أي كالشهادة ونحوها.

قوله: **(وإن كان شهود الذمي مسلمين)** الظاهر أن المسألة مصورة بما إذا كان أحد الخارجين ذمياً فيظهر معنى هذا وإلا فهو غير ظاهر تأمل. قوله: **(فعلى هذا لا يحتاج إلى تصديق الأخ الخ)** أقول: الذي يظهر أن تصديق الأخ شرط لإرثه مشاركاً للمرأة لأنه لو أكذبها يكون معترفاً بأن ولده

وارث له غيره دفع المال إليه وإن قال لآخر هذا ابنه أيضاً وكذبه الأول قضى للأول

قوله: **(وإن قال المودع هذا ابن مودعي لا وارث له غيره دفع المال إليه)** أي وجوباً لإقراره أن ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت. قيد بإقراره بالبنوة لأنه لو قال هذا أخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضي يتأنى في ذلك، والفرق أن استحقاق الأخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال وتمامه مع بيان مدة التأني في فتح القدير. وقيد بقوله «لا وارث له غيره» لأنه لو قال له وارث غيره ولا أدري أمات أم لا لا يدفع إليه شيء لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثاً غيره. وأشار بالوديعة إلى أن المديون إذا قال هذا ابن دائني فإنه يؤمر بالدفع إليه بالأولى. وقيد بالوارث احترازاً عما إذا أقر أنه وصيه أو وكيله أو المشتري منه فإنه لا يدفعها إليه لما فيه من إبطال حق المودع في العين بإزالتها عند يده لأن يد المودع كيد المالك فلا يقبل إقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف ما إذا أقر أنه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع إليه لأنه إقرار بخالص حقه إذ الديون تقضي بأمثالها، فلو دفع إلى الوكيل في الوديعة قيل لا يستردها لكونه ساعياً في نقض ما أوجبه وكان ينبغي أن يستردها لبطلان إقراره في حق المالك والحفظ واجب عليه فكان بالدفع متعدياً ولذا ضمن إذا أنكر المالك التوكيل، ولو لم يسلمها إلى الوكيل حتى ضاعت فقيل لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن عملاً بما في زعمه. وقيد بالوديعة للاحتراز عن الملتقط إذا أقر بها لرجل فقيه اختلاف كما ذكره الشارح، والعارية والعين المغصوبة كالوديعة. ومراده من الابن من يرث بكل حال فالبنت والأب والأم كالابن وكل من يرث في حال دون حال هو كالأخ. وفي فتح القدير: ولو ادعى أنه أخو الغائب وأنه مات وهو وارثه لا وارث له غيره أو ادعى أنه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري وادعى آخر أنه زوج أو زوجة للميت أو أن الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا أدري للميت وارث غيرهما أو لا لم يكن لمدعي الوصية شيء بهذا الإقرار، ويدفع القاضي إلى الأب والأم والأخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الأخت إذا انفرد، أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعي البنوة مدعي الأخوة لكن مدعي هذه الأشياء إذا زاحمه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلاً بإقرار ذي اليد فمدعي الأخوة أو البنوة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له، هذا إذا لم تكن بينة على الزوجية والوصية فإن أقام أخذ بها اهـ. وأشار المؤلف إلى أن ذا اليد لو أقر أن الميت أقر بأن هذا ابنه أو أبوه أو مولاه

وارثه فيحجب الأخ به فلا يرث، وكان المؤلف فهم أنه شرط لإرث المرأة أيضاً وليس كذلك فيما يظهر فلا منافاة تأمل. قوله: **(وتمامه مع بيان مدة التأني في فتح القدير)** حيث قال: غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم وإذا تأنى إن حضر وارث آخر دفع المال إليه لأنه خلف عن الميت، وإن لم

ميراث قسم بين الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث ولو ادعى داراً إرثاً لنفسه ولأخ

أعتقه أوصى له بالكل أو ثلثه أو أن هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عايناه أقر بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لأن ذا اليد أقر بسبب ينتقض؛ كذا في فتح القدير. ومن دعوى المجمع: وإن كانت في يد زيد فجاء أحد الزوجين فصدقه زيد يؤمر بإعطاء أقل النصيبين لا أكثرهما ا هـ. قيد بتصديقه لأنه لو برهن وقالا لا نعلم له وارثاً آخر فله أكثر النصيبين اتفاقاً؛ كذا في شرحه لابن الملك. قوله: **(وإن قال لآخر هذا ابنه أيضاً وكذبه الأول قضى للأول)** أي قال المودع هذا ابنه بعد إقراره للأول بأنه ابنه وكذبه المقر له قضى بالمال للمقر له الأول لأن الثاني إقرار على الغير لصحة الإقرار للأول لعدم من يكذبه. ولم يذكر المصنف ضمان المودع للثاني لاختلاف الشارحين فيه ففي غاية البيان أنه لا يغرم المودع للابن الثاني شيئاً بإقراره له لأن استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف، وهذا لأنه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الإرث فلا يكون الإقرار بالبنوة إقراراً بالمال ا هـ. وفي البناية: فإن قيل ينبغي أن يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول إذا بدأ بالإقرار بما في يده لإنسان ثم أقر بأن القاضي المعزول سلمه فإنه يضمن للقاضي على ما مر من قبل قلنا: هذا أيضاً يضمن نصيبه إذا دفع إلى المقر له الأول بغير قضاء القاضي ا هـ. وهذا هو الصواب كما في فتح القدير. وقيد بإقراره بالولد لأنه لو أقر المودع بها لرجل ثم قال لا بل وديعة فلان أو قال غصبت هذا من فلان لا بل من فلان وكذا العارية فإنه يقضى به للأول ويضمن للثاني قيمته، وكذا في الإقرار بالدين، فلو قال هذا لفلان إلا نصفه فلفلان فكما قال، ولو قال هذان لفلان إلا هذا فلفلان كان مصدقاً، فلو قال هذا لفلان وهذا لفلان المقر له إلا الأول فإنه لي لم يصدق وهما للأول، ولو قال هذا لفلان وهذا لفلان المقر له إلا نصفه الأول فإنه لفلان كان جائزاً، ولو قال هذه الحنطة والشعير لفلان إلا كراً من هذه الحنطة إذا كانت الحنطة أكثر من الكر؛ كذا في الأصل لمولانا محمد من الدعوى.

قوله: **(ميراث قسم بين الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث)** وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يأخذ الكفيل منهم. أطلقه فشمل ما إذا ثبت الدين والإرث بالبينة أو بالإقرار والخلاف في الأول ولا خلاف في أخذه في الثاني وهي واردة على إطلاقه. وشمل ما إذا قال الشهود لا نعلم له وارثاً غيره وهنا لا يؤخذ الكفيل

يحضر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل ثقة، وإن لم يجد كفيلاً أعطاه المال وضمنه إن كان ثقة حتى لا يهلك أمانة، وإن كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر أن لا وارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه. ولم يقدر مدة التلوم بشيء بل موكول إلى رأي القاضي، وهذا أشبه بأبي حنفية، وعندهما مقدر بحول؛ هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الأقضية قال: وعن أبي يوسف مقدر بشهر.

....

اتفاقاً. وجه قولهما أن في التكفيل نظراً للغائب على تقدير وجوده ولأن وجود آخر موهوم فلا يؤخر الثابت قطعاً له. وأشار إلى عدم التكفيل في دعوى الشراء على ذي اليد وفي بيع العبد المأذون للدين. وقيد بالميراث لأنه يأخذ كفيلاً إذا دفع النفقة لامرأة الغائب أو اللقطة أو الآبق إلى صاحبه. وأطلق في الوارث فشمل ما إذا كان ممن يحجب أولاً. وقيد بعدم التكفيل لأن القاضي يتلوم ولا يدفع إليه حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث له غيره ولا غريم له آخر اتفاقاً لأنه من باب الاحتياط لنفسه بزيادة علم بانتفاء الشريك المستحق معه بقدر الإمكان، وقدر مدته مفوض إلى رأي القاضي، وقدره الطحاوي بحول. والمراد بالتأني تأخير القضاء إلى المدة المذكورة كما في غاية البيان لا تأخير الدفع بعد القضاء. وحاصل ما ذكره الصدر الشهيد أن المدعي لو برهن على أنه مات وتركها ميراثاً لورثته ولم يذكروا عدد الورثة ولا قالوا لا نعلم له وارثاً غيره فإنه لا يقضي له، وإن بينوا عددهم وقالوا لا نعلم له وارثاً غيره وكان ذلك الوارث مما لا يحجب بحال فإنه يقضي ولا يتأنى ولا يكفل، وإن كان ممن يحجب بحال تأنى ثم يقضي. وإن شهدوا أنه ابنه ووارثه وأنه مات وتركها ميراثاً له ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره تلوم القاضي زماناً ثم قضى ولا يأخذ منه كفيلاً عنده خلافاً لهما. ويدفع لأحد الزوجين أوفر النصيبين عند محمد، وعند أبي يوسف أقلهما. وقوله «وهذا شيء احتاط به بعد القضاة وهو ظلم كلام أبي حنيفة وعنى به ابن أبي ليلى فإنه كان يفعله بالكوفة. والمراد بالظلم الميل عن سواء السبيل، وفيه دليل على أن المجتهد يخطئ ويصيب، وعلى أن أبا حنيفة بريء من الاعتزال لا كما ظنه البعض بسبب ما نقله يوسف بن خالد السمني عنه أنه قال كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد. وتأويله أن كل مجتهد مصيب بالاجتهاد وإن أخطأ ما عند الله، والدليل على صحة هذا التأويل أنه لو حمل على ظاهره لكان متناقضاً فقوله الحق عند الله واحد يفيد أن ليس كل مجتهد أصاب الحق وإلا لكان الحق متعدداً فلزم أن معنى قوله «كل مجتهد مصيب» أي مصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد كما في فتح القدير. وفي البزازية من الدعوى بعد نقل عبارة الكتاب عن الإمام الأعظم قالوا: هذا كشف عن مذهبه بأن المجتهد يخطئ أيضاً قيل إذا قولهما بجواز التكفيل كشف عن الاعتزال، وأنت خبير بأن هذا الإيراد باطل فإنهما جوزا بالاجتهاد أخذ الكفيل قياساً على رد الآبق واللقطة فأنّى يلزم منه كون كل مجتهد مصيباً، والاستدلال من وصف الإمام بالظلم بناء على ملازمة عادية كانت في تلك العصر من عدم تقليد القضاء إلا من المجتهد فكان التكفيل الصادر من القاضي تكفيلاً من القاضي المجتهد، ويكون المراد من بعض القضاة القاضي المعهود. وزيف أيضاً بأن المجتهد إذا أخطأ فله أجر بلا خلاف. وغايته أنه بالتكفيل أخطأ فلا يكون ظلماً فلا يصح الاستدلال. وأجيب عنه بأن الإمام قال وهو ظلم وميل فالوصف بالميل دل على أن المراد بالظلم وضع الشيء في غير موضعه والإطلاق ولو بالمجاز دل أنه يخطئ إذ لولاه لما صح

له غائب وبرهن عليه أخذ نصف المدعي فقط ومن قال مالي أو ما أملك في المساكين

ذلك فحصل الكشف بالوصف الواقع من الإمام بالاتصاف في الواقع ا هـ. وحاصله أن وصفه بأن فعله ظلم لا يقتضي أنه في الواقع ظالم بمعنى مرتكب للحرام وإن صح أن يقال إنه ظالم أي واضع لأخذ الكفيل في غير موضعه والمقصود تأويل العبارة بحيث لا تفيد أن القاضي بأخذه الكفيل آثم لأن ثبوت الأجر له في ذلك ينافي الإثم وفي الأصل قال أبو حنيفة: أرأيت لو لم يجد كفيلاً كنت أمنعه حقه بشيء أخاف ولم يستبن بعد ولم يجب عليه بعد ا هـ. والأولى في الجواب عن قول الإمام في حق ابن أبي ليلى مع كونه مجتهداً ما قاله في التلويح وعبارته: والمخطئ في الاجتهاد لا يعاقب ولا ينسب إلى الضلال بل يكون معذوراً ومأجوراً إذ ليس عليه إلا بذل الوسع وقد فعل فلم ينل الحق لخفاء دليله إلا أن يكون الدليل الموصل إلى الصواب بيناً فأخطأ المجتهد لتقصير منه وترك مبالغة في الاجتهاد فإنه يعاتب، وما نقل من طعن السلف بعضهم على بعض في المسائل الاجتهادية كان مبنياً على أن طريق الصواب بين في زعم الطاعن ا هـ. وفي مناقب الكردري: ما زال أبو حنيفة يخطيء ابن أبي ليلى وهو قاضي الكوفة حتى عزله الخليفة. واعلم أننا كتبنا في باب النفقة ما يفيد أن المراد بالكفيل الكفيل بالمال لقوله في الذخيرة: فإذا حضر الزوج وأثبت أنه كان دفعها لها فإن شاء رجع عليها وإن شاء رجع على الكفيل إلى آخره، ولم أر حكم الكفالة على قولهما في مسألة الكتاب هل هي بالمال أو بالنفس.

قوله: **(ولو ادعى داراً إرثاً لنفسه ولأخ له غائب وبرهن عليه أخذ نصف المدعي فقط)** أي أخذ نصيب نفسه وترك نصيب أخيه الغائب في يد ذي اليد وهذا عند الإمام مطلقاً، وفصل الشيخان بين جحود ذي اليد فيؤخذ منه ويجعل في يد أمين وإلا ترك في يده لخيانته بجحوده فلا نظر في تركه في يده. وله أن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في الاستيفاء وليس للقاضي التعرض بلا خصم كما إذا رأى شيئاً في يد إنسان يعلم أنه لغيره لا ينتزعه منه بلا خصم وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضي بالكل. قيد بعدم أخذ نصيب الغائب لأن القاضي يقضي بالكل إرثاً بخصومة الحاضر لانتصاب أحد الورثة خصماً للميت فلذا تقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ولا تعاد البينة إذا حضر الغائب ولا القضاء. ولم يذكر الشارح فيه اختلافاً وذكره في جامع الفصولين وصحح أنه لا يحتاج، وكذا ينتصب أحدهم فيما عليه مطلقاً إن كان ديناً، وإن كان في دعوى عين فلا بد من كونها في يده ليكون قضاء على

قوله: **(هل هي بالمال أو بالنفس)** في حاشية أبي السعود قال شيخنا في الدرر: أي لم يؤخذ منهم كفيل بالنفس عند الإمام. وقالا: يؤخذ. فهذا ظاهر في أنه على قولهما يؤخذ كفيل بالنفس، ثم رأيته لتاج الشريعة قوله: **(وهذا عند الإمام مطلقاً الخ)** مثله في الهداية وغيرها وفيه إن هذا الإطلاق لا يظهر بعد تقييد المسألة بقوله وبرهن عليه فكان ينبغي عدم التقييد به تأمل قوله: **(كما**

....

الكل، وإن كان البعض في يده نفذ بقدره كما صرح به في الجامع الكبير. وظاهر ما في الهداية والنهاية والعناية أنه لا بد من كونها كلها في يده في دعوى الدين أيضاً. وصرح في فتح القدير بالفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو. وفي قوله «أخذ نصف المدعى فقط» إشارتان: الأولى أنه لا يؤخذ من ذي اليد كفيل لأن القاضي نصب لقطع الخصومات لا لإنشائها. الثانية أن الحاضر يأخذ النصف مشاعاً غير مقسوم كما صرح به العمادي في الفصول. وقيد بالعقار لأن المنقول يوضع عند عدل إلى حضور صاحبه. وقيل هو كالعقار لا يؤخذ منه ولا شك أنه على قولهما يؤخذ منه ويوضع على يد عدل، وأجمعوا على أنه لا يؤخذ لو مقراً؛ كذا في جامع الفصولين.

تنبيهات: الأول إنما ينتصب الحاضر الذي في يده العين خصماً عن الباقي إذا كانت العين لم تقسم بين الحاضر والغائب، فإن قسمت وأودع الغائب نصيبه عند الحاضر كانت كسائر أمواله فلا ينتصب الحاضر خصماً عنه، ذكره العتابي عن مشايخنا. وفي جامع الفصولين من السابع والعشرين: ولو أودع نصيبه من عين عند وارث آخر فادعى رجل هذا العين ينتصب هذا الوارث خصماً إذ ينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين لو كان العين بيده بخلاف الأجنبي ا هـ. الثاني إنما لا تسمع دعوى الغائب إذا حضر بشرط أن يصدق أن العين ميراث بينه وبين الحاضر، أما لو أنكر الإرث وادعى أنه اشتراها أو ورث نصيبه من رجل آخر لا يكون القضاء على الحاضر قضاء عليه فتسمع دعواه وتقبل بينته كما في الفصولين، فالحاصل أنه إنما ينتصب خصماً عن الباقي بثلاثة شروط: كون العين كلها في يده، وأن لا تكون مقسومة، وأن يصدق الغائب على أنها إرث عن الميت المعين. الثالث إنما يكفي ثبوت بعض الورثة أن لو ادعى الجميع وقضى به أما لو ادعى حصته فقط وقضى بها فلا يثبت حق الباقين؛ كذا في جامع الفصولين من السابع والعشرين. الرابع ادعى بيتاً فقال ذو اليد إنه ملكي ورثته من أبي فلو قضى عليه يظهر على جميع الورثة فليس لأحد منهم أن يدعيه بجهة

صرح به في الجامع الكبير) حيث قال: إنما يكون قضاء على جميع الورثة إذا كان المدعي في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لأن دعوى العين لا تتوجه إلا على ذي اليد فلا يكون خصماً عنهم إلا في قدر ما في يده بخلاف ما إذا كان المدعي على الميت ديناً حيث ينتصب فيه بعض الورثة خصماً عن الكل مطلقاً؛ كذا في الزيلعي. وقوله «مطلقاً» أي سواء كان في يد الوارث عين تركة أم لا، ووجه الفرق بين الدين والعين أن حق الدائن شائع في جميع التركة بخلاف مدعي العين؛ أبو السعود.

قوله: **(بخلاف الأجنبي)** أي غير الوارث تكون العين في يده فيدعي عليه فلا يتعدى القضاء عليه إلى غيره بأن تكون شركة بينه وبين غيره فلا يكون الشريك للغائب مقضياً عليه؛ أبو السعود عن

صدقة فهو على مال الزكاة ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء ومن أوصى إليه

الإرث إذ صار مورثهم مقضياً عليه، فلو ادعاه أحدهم ملكاً مطلقاً تقبل إذ لم يقض عليه في الملك المطلق، فلو ادعاه ذو اليد ملكاً مطلقاً لا إرثاً تصير الورثة مقضياً عليهم فلهم أخذه بدعوى الإرث لكن ليس لذي اليد حصة فيه إذ قضى عليه ا هـ. الخامس إذا كانت الورثة كباراً غيباً وصغيراً نصب القاضي وكيلاً عن الصغير لسماع دعوى الدين على الميت والقضاء على هذا الوكيل قضاء على جميع الورثة. السادس إذا أثبت المدعي دينه على بعض الورثة وفي يده حصة فإنه يستوفي جميع دينه مما في يد الحاضر ثم يرجع الحاضر على الغائب بحصته وهما في خزانة المفتين. السابع يحلف الوارث على الدين إذا أنكره وإن لم يكن للميت تركة وهما في البزازية. الثامن يصح الإثبات على الوارث وإن لم يكن للميت تركة وهما في البزازية. التاسع لو لم يكن للميت وارث فجاء مدع للدين على الميت نصب القاضي وكيلاً للدعوى كما في أدب القضاء للخصاف وظاهره أن وكيل بيت المال ليس بخصم.

قوله: **(ومن قال مالي أو ما أملك في المساكين صدقة فهو على مال الزكاة ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء)** والقياس استواؤهما فيتصدق بالكل وبه قال زفر ولكنا فرقنا بينهما استحساناً باعتبار أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى بخلافها لأنها أخت الميراث تجري في كل مال الزكاة. أطلقه في **مال الزكاة فشمل جميع الأجناس** كالسوائم والنقدين وعروض التجارة بلغت نصاباً أو لا، سواء كان عليه دين مستغرق لها أو لا، لأن المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة مع قطع النظر عن قدرها وشروطها فإن قضى دينه لزمه أن يتصدق بعده بقدره، وشمل الأرض العشرية عند الثاني لكونها مصرفها مصرف الزكاة، ومنعه محمد لما فيها من معنى المؤنة ولذا وجب العشر في أرض الصبي والمكاتب والأوقاف، وضم أبا حنيفة إليه في النهاية معزياً إلى التمرتاشي. ولا تدخل الخراجية لتمحضها للمؤنة وخرج رقيق الخدمة ودور السكنى وأثاث المنازل وما كان من الحوائج الأصلية وتسوية المصنف بين قوله مالي وبين قوله ما أملك هو الصحيح لأنهما يستعملان استعمالاً واحداً فكان فيهما القياس والاستحسان خلافاً للبعض. واختاره في المجمع وما صححناه تبعاً للشارح هو مختار صاحب الهداية. وذكر القاضي الأسبيجابي أن الفرق بين المال والملك إنما هو قول أبي يوسف، وأبو

شيخه قوله: **(فلو قضى عليه)** أي على ذي اليد قوله: **(وظاهره أن وكيل بيت المال ليس بخصم)** قال الرملي: يجب تقييده بما إذا وكله السلطان بجمعه وحفظه، أما إذا وكله بأن يدعي ويدعى عليه أيضاً تسمع دعواه والدعوى عليه ويملك في ذلك ما يملكه السلطان لأنه فوض إليه ما يملكه وهذه المسألة كثيرة الوقوع، ويتفرع من ذلك أن المزارع لا يصلح خصماً ممن يدعي الملك في الأرض، وكذلك المقاطع المسمى بلغتهم تيمارياً تأمل. هذا وسئل شيخنا ابن الحانوتي عن هذه المسألة فأجاب بما ذكره الشيخ زين هنا قوله: **(ولكنا فرقنا بينهما)** أي بين الصدقة وبين الوصية وقوله «بخلافها» أي الوصية

....

حنيفة لم يفرق بينهما واختاره الطحاوي في مختصره وقيده بالتنجيز لأنه لو كان معلقاً بالشرط نحو قوله مالي صدقة في المساكين إن فعلت كذا دخل المال القائم عند اليمين والحادث بعده. وقيد بقوله «فهو صدقة» لأنه لو قال لله علي أن أهدي جميع مالي إن فعلت كذا أو جميع ملكي فإنه يدخل فيه جميع ما يملكه وقت الحلف بالإجماع فيجب أن يهدي ذلك كله إلا قدر قوته، فإذا استفاد شيئاً آخر تصدق بمثله؛ كذا ذكر الأسبيجابي. وفي حيل الولوالجية من آخرها: رجل قال إن فعلت كذا فجميع ما أملكه صدقة في المساكين فأراد أن يفعل ولا يحنث يبيع جميع ما يملكه من رجل بثوب في منديل يقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم ينظر إلى الثوب ويرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شيء ا هـ. وأشار بقوله «فهو على مال الزكاة» دون أن يقول يتصدق بمال الزكاة إلى أنه إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قدر قوته فإذا أصاب شيئاً بعد ذلك تصدق بمثل ما أمسك لأن حاجته مقدمة. ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك لأن ذلك يختلف باختلاف العيال وباعتبار ما يتجدد له من التحصيل فيمسك أهل كل صنعة قدر ما يكفيه إلى أن يتجدد له شيء. وقيد بالمال والملك من غير تعيين شيء للاحتراز عما إذا قال ألف درهم من مالي صدقة إن فعلت كذا ففعله وهو لا يملك إلا مائة لا يلزمه إلا بقدر ما يملك. رواه ابن سماعة عن محمد. وكذا عن نصير وبه أخذ الفقيه وإن لم يكن له شيء لا يجب عليه شيء كذا في مآل الفتاوى من الأيمان. والضمير في قوله «فهو» عائد إلى المال، وكذا لو أوصى بماله ولا وارث له أو كان له وأجازها فإن الموصى له يستحق جميع ماله.

ثم اعلم أنه وقع في الهداية هنا أن الوصية خلافة كالوراثة وهو مشكل فإن المصرح به أن ملك الموصى له ليس بطريق الخلافة كملك الوارث. قال الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء: إن الموصى له ليس بخليفة عن الميت ولهذا لا يصح إثبات دين الميت عليه وإنما يصح على وارث أو وصي. ولو أوصى له بعبد اشتراه فوجد به الموصى له عيباً فإنه لا يرده بخلاف الوارث ويصير الوارث مغروراً لو استحقت الجارية بعد الولادة كالمورث بخلاف

قوله: **(وقيده بالتنجيز لأنه لو قال الخ)** ظاهره أنه بدون التنجيز لا يشمل الحادث بعد اليمين وهذا بخلاف الوصية لما في وصايا الخانية: ولو قال أوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالاً ومات كان للموصى له ثلث ما ترك. ثم قال بعده: ولو قال عبيدي لفلان أو براذيني لفلان ولم يضف إلى شيء ولم ينسبهم يدخل فيه ما كان له في الحال وما يستفيد قبل الموت اهـ. لكن قد يقال الوصية في معنى المعلق. وفي حاشية أبي السعود: وقوله «والحادث بعده» ظاهره ولو بعد وجود الشرط لكن ذكر الأبياري ما نصه: لو علقه بشرط دخل المال الموجود عند اليمين والحادث بعده إلى وجود الشرط اهـ قوله: **(ثم يفعل ذلك)** أي المحلوف عليه. وقوله «فلا يلزمه شيء يعلم منه» كما

. . . .

الموصى له ا هـ. ولم أر أحداً من الشارحين بينه وقد ظهر لي أن صاحب الهداية أراد بالخلافة أن ملك كل منهما يكون بعد الموت لا بمعنى أنه قائم مقامه. ومما يدل على عدم الخلافة ما في التلخيص بعد بيان أن ملكه ليس خلافة أنه يصح شراؤه ما باع الميت بأقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف الوارث، وقدمنا تعريف المال أول كتاب البيوع. ولا فرق في مسألة الكتاب بين أن يقول ثلث مالي للفقراء أو لفلان، وكذا لو قال ثلثي لفلان أو سدسي فهو وصية جائزة. وقيد بالوصية لأنه لو قال ثلث مالي وقف ولم يزد قال في البزازية من الوصايا: إن ماله دراهم أو دنانير فقوله باطل وإن ضياعاً صار وقفاً على الفقراء. ولو قال ثلث مالي لله تعالى فالوصية باطلة عندهما، وعند محمد ينصرف إلى وجوه البر. ولو قال ثلث مالي في سبيل الله فهو للغزو فإن أعطوه حاجاً منقطعاً جاز. وفي النوازل: لو صرف إلى سراج المسجد يجوز ا هـ. وسيأتي تمامه في الوصايا إن شاء الله تعالى. وهل يدخل تحت الوصية بالمال ما على الناس من الديون؟ قالوا: إن الدين ليس بمال حتى لو حلف أن لا مال له وله

نقل عن المقدسي أن المعتبر الملك حين الحنث لا حين الحلف اهـ. ويؤخذ منه أيضاً أن ما فيه خيار الرؤية لا يملكه المشتري حتى يراه ويرضى به قوله: **(وقد ظهر لي إن صاحب الهداية الخ)** ما ظهر له سبقه إليه صاحب الكفاية حيث قال: قوله «لأنها خلافة كهي» أي كالوراثة من حيث إنهما يثبتان الملك بعد الموت قوله: **(وهل يدخل تحت الوصية بالمال ما على الناس من الديون)** أقول: في وصايا المنظومة الوهبانية إشارة إلى أن في المسألة خلافاً ورجح الدخول حيث قال: وفي ثلث مالي يدخل الدين أجدر. قال شارحها العلامة ابن الشحنة: المسألة في القنية رمز لبرهان صاحب المحيط وقال: لو أوصى بثلث ماله لا يدخل الدين. ثم رمز للأصل وقال: يدخل. قال المصنف: وفي حفظي من فتاوى قاضيخان رواية دخول الدين في الوصية بثلث المال، والمراد بدخولها أن يدخل ثلثها في الوصية ولا يسقط فيجعل كأنها لم تكن اهـ. وفي وصايا الكنز: أوصى له بألف وله عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إليه وإلا فثلث العين، وكلما خرج شيء من الدين له ثلثه حتى يستوفي الألف وهذه غير مسألتنا، وما نقله عن حفظ ابن وهبان يخالفه ما ذكره المؤلف هنا عن الخانية. ورأيت في وصايا الظهيرية: إذا كان مائة درهم عين ومائة درهم على أجنبي دين فأوصى لرجل بثلث ماله فإنه يأخذ ثلث العين دون الدين ألا ترى إن حلف أن لا مال له وله ديون على الناس لم يحنث، ثم ما خرج من الدين أخذ منه ثلثه حتى يخرج الدين كله لأنه لما تعين الخارج مالاً التحق بما كان عيناً في الابتداء. ولا يقال لما لم يثبت حقه في الدين قبل أن يتعين كيف يثبت حقه فيه إذا تعين لأنا نقول: مثل هذا غير ممتنع ألا ترى أن الموصى له بثلث المال لا يثبت حقه في القصاص ومتى انقلب مالاً يثبت حقه فيه اهـ. ويمكن أن يوفق بين القولين بهذا فتدبر والله تعالى أعلم.

ولم يعلم بالوصية فهو وصى بخلاف الوكيل ومن أعلمه بالوكالة صح تصرفه ولا يثبت

دين على الناس لم يحنث، ولا شك أن الدين تجب الزكاة فيه بشرط القبض فينبغي أن يدخل تحت النذر بالمال ولكن في الخانية ولا تدخل الديون. وفي كلام الشارح في الوصايا ما يفيد دخول الدين في الوصية بالمال لأنه يصير مالاً بالاستيفاء فتناولته الوصية خصوصاً قالوا: إنها أخت الميراث وهو يجري فيهما. وفي الجامع للصدر: إن اشتريت بهذه الدراهم فهي صدقة واشترى بها يحنث. قال: إن بعت عبداً إلي فثمنه صدقة صح نذره وقبضه شرط فإن مات عنده أو استهلكه قبل قبضه سقط وكذا بعده فيما يتعين رده دون غيره كالزكاة. قال إن بعث هذا الكر وهذه المائة فهما صدقة وباع يتصدق بالكر دون الدراهم للتعين وعدمه وبمثلها لا نظيره إن نكحتهما وأحدهما محرمه أو اشتريتهما وأحدهما حر قالت إن تزوّجت فمهري صدقة صح فإن ارتدت أو قبلت سقط قبل قبضه وكذا بعده فيما يتعين رده وعلى هذا الطلاق وفيما يتخير تتصدق بما تقبضه ا هـ.

قوله: **(ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف الوكيل)** حتى لو باع الوصي شيئاً من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع، ولو باع الوكيل قبل العلم بها لم يجز. والفرق أن الوصية خلافة فلا تتوقف على العلم كتصرف الوارث ملكاً وولاية حتى لو باع الجد مال ابن ابنه بعد موت الأب من غير علم بموته جاز. وأما الوكالة فإثبات ولاية التصرف في ماله لا استخلاف لبقاء ولاية الموكل والإذن للعبد والصبي في التجارة كالوكالة فلا تثبت إلا بعد العلم ولا يجوز تصرف المأذون قبله؛ هكذا أطلقه الشارح. وفي شرح المجمع لابن فرشته من المأذون: إن كان الإذن خاصاً بأن قال أذنت لعبدي فلان ولم يشهد بين الناس فعلم العبد به شرط لصيرورته مأذوناً، وإن كان عاماً كما إذا قال المولى لأهل السوق بايعوا عبدي فلاناً يصير مأذوناً قبل العلم ا هـ. ومثل الوكالة الأمر باليد للمرأة حتى لو جعل أمرها بيدها لا يصير أمرها بيدها ما لم تعلم حتى لو طلقت نفسها قبل العلم لا يقع؛ كذا في الخانية من فصل الأمر باليد من الطلاق. وفي وكالة البزازية وفي الجامع الصغير: الوكيل قبل علمه بالوكالة لا يكون وكيلاً وعن الثاني خلافه، أما إذا علم المشتري بالوكالة واشترى منه ولم يعلم البائع الوكيل كونه وكيلاً بالبيع بأن كان المالك قال للمشتري اذهب بعبدي إلى زيد فقل له حتى يبيعه بوكالته عني منك فذهب به إليه ولم يخبره بالتوكيل فباعه هو منه فالمذكور في الوكالة أنه يجوز وجعل معرفة المشتري كمعرفة البائع. وفي المأذون ما يدل عليه فإن المولى إذا قال لأهل السوق بايعوا عبدي فبايعوه ولم يعلم به العبد يصح. وفي الزيادات أنه لا يجوز إلى آخره وهو حسن. وأشار بقوله «فهو وصي» إلى أنه لا يتمكن

قوله: **(ولا شك أن الدين تجب فيه الزكاة بشرط القبض)** أي فإذا قبض يصير مالاً فينبغي أن يدخل، ومقتضى ما قالوا أن الدين ليس بمال أن لا يدخل قوله: **(ولو باع الوكيل قبل العلم بها لم**

....

من إخراج نفسه عن الوصاية بشرط أن يتصرف من بيع أو غيره ليكون ذلك قبولاً وإلا فله إخراج نفسه قبل القبول، وعلى هذا فقد ترك المصنف قيداً لا بد منه وهو أن يقول «ومن أوصى إليه ولم يعلم فتصرف فهو وصي» كما في الهداية. وإن لم يتصرف فليس بوصي لعدم القبول. وفي الخانية: أودعه ألفاً ثم قال في غيبة المودع أمرت فلاناً أن يقبض الألف التي هي عند فلان ولم يعلم فلان بكونه مأموراً بالقبض ومع ذلك قبضه بدفع المأمور له وتلف عنده فالمالك بالخيار في تضمين أيهما شاء القابض والدافع، وإن سلم الدافع العالم بالإذن والقابض لا يعلم به فتلف عند القابض لا ضمان على واحد منهما لأن المستودع دفع بالإذن، ولو لم يعلم أحدهما بالأمر فقال المأمور للمودع ادفع إلي وديعة فلان أدفعها إلى صاحبها أو قال ادفعها إلي تكون عندي لفلان فدفع فضاعت فلرب الوديعة تضمين أيهما شاء في قول أبي يوسف ومحمد ا هـ. ثم اعلم أن الوصاية والوكالة يجتمعان ويفترقان فيفترقان في مسألة الكتاب وفي أن الوصاية لا تقبل التخصيص والوكالة تقبلها، وفي أنه يشترط في الوصي أن يكون مسلماً حراً بالغاً عاقلاً بخلاف الوكيل إلا العقل، وفي أن الوصي إذا مات قبل تمام المصلحة نصب القاضي غيره، ولو مات وكيل الغائب لا ينصب غيره إلا عن المفقود للحفظ وفي أن القاضي يعزل الوصي بخيانة أو تهمة بخلاف الوكيل عن الحي وتمامه في الأشباه والنظائر في فن الفروق. ثم اعلم أن صاحب الهداية ذكر هنا أن الوصاية خلافة لا نيابة كالوراثة وقال قبله إن الوصية خلافة كهي، وقدمنا ما في الثاني، وأما الأوّل فالمراد أنه خليفة الميت في التصرف كالوارث لا في الملك بخلاف الخلافة في الوصية فإنها في الملك لا في التصرف، ومما يدل على أن الوصي خليفة الميت ما في خزانة المفتين: لو مات عن وصي وابن صغير ودين فقبضه الوصي بعد بلوغ الصغير جاز إلا إذا نهاه. ثم اعلم أنهم فرقوا بين الوارث والوصي في مسألة لو أوصى بعتق عبد ملك الوارث إعتاقه تنجيزاً وتعليقاً وتدبيراً وكتابة ولا يملك الوصي إلا التنجيز وهي في التلخيص. ثم اعلم أنه صرح في التلخيص بأن وصي القاضي نائب عن الميت لا عن القاضي ولم أر نقلاً في حكم وصايته قبل العلم، وكذا في حكم تولية الناظر من الواقف، وينبغي أن يكون على الخلاف فمن جعل الناظر

يجز) أي لم يلزم لأنه بيع الفضولي فيتوقف على إجازته بعد العلم أو على إجازة الموكل قوله: **(ليكون ذلك قبولاً)** حاصله أن بيعه ونحوه قبل العلم قبول. قال في نور العين من الفصل ٢٣ عازياً: مات وباع وصيه قبل علمه بوصايته وموته جاز استحساناً ويصير ذلك قبولاً منه للوصاية ولا يملك عزل نفسه قوله: **(وفي أن الوصاية لا تقبل التخصيص)** قال الرملي: ليس على إطلاقه لأن إيصاء القاضي يقبل التخصيص. قال في كتاب الدعوى من فتاوى قاضيخان: ولو قال القاضي لرجل جعلتك وصياً للميت يصير وصياً، فإن خص شيئاً أو قال في كذا يصير وصياً في ذلك الشيء خاصة لأن إيصاء القاضي يقبل التخصيص بخلاف إيصاء الميت اهـ. وهكذا ذكر هذا الشارح في فوائده.

عزله إلا بعدل أو مستورين كإخبار السيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم

وصياً قال تثبت قبل العلم، ومن جعله وكيلاً قال لا وصححوا أنه وكيل حتى ملك الواقف عزله بلا شرط قوله: **(ومن أعلمه بالوكالة صح تصرفه)** لأنه معاملة لا إلزام فيه وإنما هو إطلاق أطلقه فشمل ما إذا كان المخبر عدلاً أو غير عدل كبيراً أو صغيراً فلا يشترط فيه إلا التمييز.

قوله: **(ولا يثبت عزله إلا بعدل أو مستورين كإخبار السيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر)** وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يشترط في المخبر بهذا إلا التمييز لكونها معاملة. وله أن فيها إلزاماً من وجه دون وجه فيشترط أحد شطري الشهادة، أما العدد أو العدالة أطلقه وهو مقيد بأن يكون المخبر غير الخصم ورسوله فلا يشترط فيه العدالة حتى لو أخبر الشفيع المشتري بنفسه وجب الطلب إجماعاً والرسول يعمل بخبره وإن كان فاسقاً اتفاقاً صدقه أو كذبه كما ذكر الأسبيجابي، وكذا لو كان الرسول صغيراً. وظاهر ما في العمادية أنه لا بد أن يقول له إني رسول يعزلك ويثبت العزل بكتاب الموكل أيضاً، ومقيد أيضاً بما إذا لم يصدقه أما إذا صدقه قبل ولو كان فاسقاً ذكره أيضاً، ومقيد أيضاً بما إذا بلغه العزل إن كان العزل قصدياً، أما إذا كان حكمياً كموت الموكل فإنه يثبت وينعزل قبل العلم. ولم يذكر المصنف اشتراط سائر الشروط في الشاهد وجزم في تنقيح الأصول باشتراط سائر الشروط مع العدد أو العدالة على قول الإمام الأعظم فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبي وإن وجد العدد أو العدالة وقل من نبه على هذا. ثم اعلم أن الإمام محمد بن الحسن نص على خمسة منها ولم يذكر مسألة البكر وإنما قاسها المشايخ وذكر من الخمسة الحجر على المأذون ولم يذكر المؤلف إلحاقاً له بعزل الوكيل فهي ست، وزدت عليها ثلاثاً إحداها في الظهيرية من كتاب النكاح قال البيع على الخلاف يريد به إذا قال رجل عدل هذه العين معيبة فأقدم على شرائه كان ذلك رضا بالعيب إن كان المخبر عدلاً وإن كان فاسقاً فلا ا هـ. الثانية في التنقيح فسخ الشركة. الثالثة عزل المتولي على الوقف على القول بصحة عزله بلا شرط أو على قول

قوله: **(وصححوا أنه وكيل الخ)** في حاشية أبي السعود قال شيخنا: ومقتضاه أن تقريره في النظر بلا علمه لا يصح، ثم رأيت بخط الشيخ شرف الدين الغزي محشي الأشباه أنهم لم يجعلوه وصياً من كل وجه ولا وكيلاً كذلك بل له شبه بالوصي حتى صح تفويضه في مرض موته، وشبه بالوكيل حتى ملك الواقف عزله من غير شرط على قول أبي يوسف، وأما على قول محمد فهو وكيل عن الموقوف عليهم كما ذكره في الأشباه. قلت: وقول محمد مشكل إذ مقتضى كونه وكيلاً عنهم أن لهم عزله مع أن الظاهر من كلامهم أنه لا يصح بل لو عزله القاضي لم يصح إذا كان منصوب الواقف إلا بخيانة اهـ. قلت: ولا يبعد كما قال شيخنا حفظه الله تعالى أنه وكيل ما دام الواقف حياً وصي بعد وفاته، والظاهر أن مراد محمد أنه نظير الوكيل في سعيه لهم لا وكيل حقيقة إذ ليست

يهاجر ولو باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن

الكل إن كان شرطه الواقف ولم أرها، ولكن صرحوا بأنه وكيل الواقف فيستفاد من مسألة عزل الوكيل، وينبغي أن يزاد أيضاً عزل القاضي ولم أره. وقد جعل المصنف من هذه المسائل مسألة المسلم الذي لم يهاجر وهو نص محمد في النوادر، واختار السرخسي قبول خبر الفاسق حتى تجب عليه الأحكام بخبره لأن المخبر له رسول رسول الله ﷺ والعدالة لا تشترط في الرسول كما قدمناه، وصححه الشارح ورده في فتح القدير والتحرير بأن عدم اشتراط العدالة إنما هو في الرسول الخاص بالإرسال وإلا فيلزم على قوله أن لا تشترط العدالة في رواية الحديث. وظاهر قوله «أو مستورين» أنه لا يقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف والصحيح قبوله وثبوت هذه الأحكام لأن تأثير خبر الفاسقين أقوى من تأثير خبر العدل بدليل أنه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة فاسقين ينفذ، وقوله «إلا بعدل» أي بخبر عدل ولا يشترط فيه لفظ الشهادة؛ كذا في فتح القدير قوله: **(ولو باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن)** أي البائع الثمن للمشتري لأن القاضي قائم مقام الخليفة ولا ضمان عليه فلا ضمان على القاضي، وأمين القاضي كالقاضي وهو من يقول له القاضي جعلتك أميناً في بيع هذا العبد أما إذا قال بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ والصحيح أنه لا تلحقه عهدة؛ ذكره شيخ الإسلام خواهرزاده كذا في شرح التلخيص للفارسي. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أن العبد لو ضاع منه قبل التسليم إلى المشتري لم يضمنا كما ذكره الشارح، وإلى أن أمينه لو قال بعت وقبضت الثمن وقضيت الغريم صدق بلا يمين وعهدة إلحاقاً بالقاضي؛ كذا في شرح التلخيص أيضاً. وفي البدائع من خيار العيب: إن العيب إذا كان ظاهراً يرد المبيع به ينظر القاضي أو أمينه ا هـ. وفي قضاء الملتقط: إذا وجب يمين على مخدرة وجه القاضي لها ثلاثة من العدول يستحلفها واحد وآخران يشهدان على يمينها أو نكولها ا هـ. فعلى هذا المستحلف ليس بأمينه وإلا قبل قوله في اليمين والنكول وحده. ثم اعلم أن القاضي وأمينه لا ترجع حقوق عقد باشراه لليتيم إليهما بخلاف الوكيل والأب والوصي فلو ضمن القاضي أو أمينه ثمن ما باعاه لليتيم بعد بلوغه صح بخلافهم وتمامه في قضاء العتابية.

قوله: **(ورجع المشتري على الغرماء)** لأن البيع وقع لهم فكانت العهدة عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل عند تعذر جعلها على الوكيل في المحجور

ولايته منهم تأمل قوله: **(وينبغي أن يزاد عزل القاضي)** قال الرملي: وهو ظاهر لأنهم صرحوا في كتاب القضاء بأنه ملحق بالوكيل كما قدمه هذا الشارح فيه.

قوله: **(وفي البدائع من خيار العيب الخ)** الغرض من هذا أن أمين القاضي ملحق به وإلا فلا دخل لهذا الفرع هنا قوله: **(كما نجعل العهدة على الموكل عند تعذر جعلها على الوكيل في المحجور**

....

عليه. قيد برجوع المشتري لأنه لو ظهر للميت غريم آخر لا يشارك الأول في الثمن وإن صار مقراً بقبض الأمين لأن حق المشاركة إنما ثبت بقبض الدين ولم يوجد قبض الدين حقيقة ولا حكماً أقصى ما في الباب أنه أقر بقبض الأمين ثمن ما باعه من التركة وأمين القاضي ليس بنائب عنه لا في البيع ولا في القبض ليكون إقراره بقبضه إقراراً بقبض نفسه حكماً بل هو نائب عن الميت في البيع لأن المقبوض بدل ملك الميت ولهذا لو توى المقبوض في يد الأمين لا يسقط بتواه شيء من دين الغريم؛ كذا في شرح التلخيص من الوكالة. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أن الغريم خصم للمشتري في الرد بعيب ولكن في التلخيص منها فإن قال أمينه الذي أمره بالبيع فيه بعت وقبضت الثمن وقضيت الغريم صدق بلا يمين وعهدة إلحاقاً بالقاضي، ثم الغريم إن أنكر الإيفاء دو القبض كان خصماً للمشتري في العيب فيغرم الثمن لا لغريم آخر فلا يشاركه إذ العهدة بالعقد وهو له نفعاً كما في توكيل المحجور والمكره والشركه بالقبض وهو للميت حتى لم يسقط التوى شيئاً، وإن أنكرهما كان الخصم من يأمره القاضي لانتهاء الأول بلا حقوق ويبيع فيما للمشتري هنا أو غرم الغريم في الأولى نظراً للتعين نظراً وسلطة كما مر مهدراً للنقص صارفاً للفضل إلى دين الغريم قديماً وفاء بقصور السلطة كما لو ظهر مال آخر اهـ. وتوضيحه في شرحه للفارسي. ثم اعلم أنهم جعلوا النائب كالأصيل في نائب القاضي وهو الأمين وفي الوكيل فينبغي أن يجعل نائب الإمام أو نائبه كهما بدليل ما قدمناه من أن القاضي إنما قبل قوله بلا يمين لكونه نائباً عن الإمام، فعلى هذا يقبل قول أمين بيت المال بلا يمين فليحفظ هذا خصوصاً أنهم جعلوا أمين القاضي كهو فأمين الإمام كهو بالأولى وسيأتي نقله عن شرح التلخيص نائب الناظر كهو في قبول قوله، فلو ادعى ضياع مال الوقف أو تفريقه على المستحقين وأنكروا فالقول له كالأصيل لكن مع اليمين وبه فارق أمين القاضي فإنه لا يمين عليه كالقاضي. وأشار المؤلف أيضاً إلى أن الوكيل لو ادعى ذلك لم يضمن أيضاً. وفي التلخيص: إن قال الوكيل بعت وقبضت الثمن وسلمته إلى الآمر أو ضاع صدق وبرئ المشتري للتسليط قصداً أو ضمناً ويحلف على التسليم والضياع إذ نكوله على نفسه دون المشتري ولا يحلف على البيع والقبض للعكس إلا في دعوى الغرم لعكس العكس ألا ترى أن ذا اليد إذا أقر بالمدعي لصغير حلف على الغرم دون العين ويسلم

عليه) الأولى حذف لفظة «في» ليصير المحجور عليه صفة للوكيل، والمراد ما إذا كان العاقد عبداً أو صبياً يعقل البيع وكله رجل ببيع ما له فإنه لا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لأن التزام العهدة لا يصح منهما لقصور الأهلية في الصبي وحق السيد في العبد، والأصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس إلى العاقد وأقرب الناس في مسألتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم؛ كذا في فتح القدير.

ورجع المشتري على الغرماء وإن أمر القاضي الوصي ببيعه لهم فاستحق أو مات قبل

المبيع إن كان في يده للتسليط يداً لا إن كان في يد الآمر للعدم بل يفسخ المشتري أو ينقد راجعاً به على الوكيل لفوت رضا أو سلامة ويسترد المعيب راداً ثمنه وفاء بالعدل والحقوق، ويرجع به على الآمر إن صدقه في القبض إذ يده يده بدليل التلف ويبيعه القاضي فيه إن كذبه إلى آخر ما ذكره في باب ما يصدق فيه الوكيل والوصي والقاضي منها. قيد بعدم ضمانه عند الاستحقاق لأنه لو أخطأ في قضائه ضمن لما في المحيط البرهاني من الحدود: ولو شهد أربعة من الرجال على محصن بالزنا فرجمه الإمام ثم وجد أحدهم عبداً أو محدوداً في قذف فديته على القاضي ويرجع القاضي بذلك في بيت المال بالإجماع الأصل في جنس هذه المسائل أن القاضي متى ظهر خطؤه فيما قضى بيقين فإنه يضمن ما قضى به ويرجع ذلك على المقضى له كالمودع والوكيل. وإن كان الخطأ في المال فإن كان قائماً بيد المقضى له أخذه القاضي ورده على المقضى عليه، وإن كان مستهلكاً ضمن قيمته ورجع بذلك على المقضى له، وإن كان في رجم أو قطع يد في سرقة ضمن القاضي ورجع بما ضمن في بيت المال، وإن ظهر أن الشهود فسقة لم يضمن القاضي لأنه لم يظهر خطؤه بيقين لأن خطأ القاضي إنما يظهر إذا ظهر أنه قضى بغير شهادة ولم يظهر لأن الفاسق أهل للشهادة عندنا ا هـ. والمنقول في الخلاصة والبزازية والمحيط المذكور من كتاب القضاء عدم ضمان القاضي إذا أخطأ وهو مخالف لما في المحيط من الحدود.

قوله: (**وإن أمر القاضي الوصي ببيعه لهم فاستحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي وهو على الغرماء**) لأنه عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق إليه كما إذا وكله حال حياته. أطلقه فشمل وصي الميت ووصى القاضي لأنه كوصي الميت في الأحكام كلها إلا في مسائل ذكرناها في الفوائد فهو نائب الميت لا القاضي بدليل أن القاضي لا يملك الشراء لنفسه من مال اليتيم، ولو نصب وصياً فاشترى منه صح؛ كذا ذكره الإمام الحصيري. وشراء القاضي من أمينه لا يجوز أيضاً والتقييد بأمر القاضي اتفاقي وليعلم حكمه بغير أمره بالأولى ولهذا قال الإمام الحصيري: وأمر القاضي وعدم أمره سواء. وإنما يرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم، ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه لأن دينه لم يصل إليه ويرجع بما ضمن للوصي أو للمشتري في المسألتين، وقيل لا يرجع به في الثانية والأول أصح. وصحح مجد الأئمة السرخكتي عدم الرجوع في الأولى فقد اختلف التصحيح؛ كذا في فتح القدير. والسرخكتي بضم السين فسكون الراء وفتح الخاء المعجمة

قوله: (**وهو مخالف لما في المحيط**) قال الرملي: يمكن التوفيق بأن يريد بعدم ضمانه عدم استقرار الضمان عليه برجوعه في بيت المال فكأنه لا ضمان عليه تأمل قوله: (**ويرجع بما ضمن للوصي أو للمشتري في المسألتين**) أي في مسألة بيع القاضي أو أمينه والرجوع فيها بما ضمنه

....

والكاف وفي آخرها التاء ثالث الحروف نسبة إلى سرخكت قرية بثغر حسان سمرقند ينسب إليها محمد بن عبد الله بن فاعل؛ ذكره عبد القادر في الطبقات. وإنما ذكر المؤلف رحمه الله البيع للغرماء ولم يذكر الوارث مع أنهما سواء فإذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة إن كان وصي الميت، وإن كان القاضي أو أمينه هو العاقد رجع عليه المشتري كما ذكره الشارح لأن ولاية البيع للقاضي إذا كانت التركة قد أحاط بها الدين ولا يملك الوارث البيع. وفي تلخيص الجامع من باب بيع الوصي من الوصايا: أوصى بأن يشتري بالثلث ويعتق فبان بعد الائتمار دين يحيط بالثلثين فشراء القاضي عن الموصي كيلاً يصير خصماً بالعهدة وإعتاقه لغو لتعدي الوصية وهي الثلث بعد الدين وشراء الوصي وعتقه عن نفسه للملك ضمن الخلافة كالوكيل، وقيل يعذره أبو يوسف بالجهل تفريعاً على الغبن وإن نصبه القاضي لأنه عكس الأمين ينوب عن الميت لا القاضي لما مر في بيع الغنائم ويعتق عن الميت بثلث ما اشترى القاضي أو غرم الوصي وفاء بالوصية إلا أن يظهر له مال يخرج الأول من ثلثه فينقلب الوفاق إليه والخلاف إلى الثاني وينعكس الجواب ا هـ. وفي شرحه هنا مر في باب بيع الغنائم من كتاب البيوع أن تصرف أمين الإمام كتصرف الإمام بنفسه وتصرف الإمام حكم، وكذا تصرف أمينه ولهذا لم يجز لكل واحد منهما أن يشتري من نفسه شيئاً لنفسه من الغنيمة. وإن كان فيه منفعة ظاهرة للغانمين بأن اشترى بمثل القيمة وزيادة لا يتغابن الناس في مثله، ومن مشايخنا من قال إن هذا قول محمد، أما عندهما فإن كان فيه منفعة ظاهرة يجوز كوصي القاضي، والصحيح أنه قول الكل؛ نص عليه في الذخيرة. وهذا بخلاف الوصي لأن القاضي أقامه مقام الميت بحكم الولاية العامة عند عجز الميت لا مقام نفسه فصار كأن الميت بنفسه أقامه وتصرف الميت ليس يحكم فكذا تصرف نائبه ا هـ. وقد ظهر بهذا أن الإمام كالقاضي فعله حكم. وفي قضاء الملتقط: إذا قال القاضي جعلتك وكيلاً في تركة فلان فهو وكيل بالحفظ فقط، وإذا قال جعلتك وصياً فهو وصي عام؛ كذا روي عن أبي يوسف وبه أخذ القاضي وذكر الحصيري في شرح الجامع الكبير: ولو أوصى أن يباع عبده ويشتري بثمنه نسمة فتعتق عنه فباع الوصي العبد واشترى بثمنه نسمة فأعتقها وهو الثلث ثم رد العبد بعيب ضمن الوصي الثمن ويقال له بع العبد، فإن بلغ ذلك الثمن فالعتق جائز عن الميت كما كان، وإن كان أكثر من الأول أو أقل يعتق عنه لا عن الميت لأنه تبين خلافه لأن الثمن هو الباقي ولم يشتر بثمنه فصار مخالفاً ويشتري بهذا الثمن

للمشتري، وفي مسألة بيع الوصي والرجوع فيها بما ضمنه للوصي، وكان الأولى أن يقول ويرجع بما ضمن أيضاً أي كما يرجع بدينه قوله: **(ثالث الحروف)** أي حروف الهجاء لا حروف الكلمة قوله: **(لأنه عكس الأمين)** لعله فعل الأمين.

القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي وهو على الغرماء ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم أو بالقطع أو بالضرب فافعله وسعك فعله وإن قال قاضٍ

نسمة فتعتق عن الميت كما أمره، ولو استحق رجع المشتري على الوصي ويكون العتق عن الوصي ولا يرجع على الورثة في نصيبهم بشيء لأن الميت لم يوص في ذلك بشيء إنما أوصى أن يشتري بثمن ذلك العبد وتبين أن العبد لغيره ا هـ.

قوله: **(ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم أو بالقطع أو بالضرب فافعله وسعك فعله)** لأن طاعة أولي الأمر واجبة بالآية الشريفة وتصديقه طاعة له. قيد بعدالته وعلمه لتنتفي عنه التهمة فإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر؛ فإن أحسن الشرائط وجب تصديقه وإلا لا. وكذا إن كان فاسقاً إلا أن يعاين الحجة لاحتمال الخطأ أو الخيانة ولا يمين على القاضي، وما ذكره المصنف قول الماتريدي. وفي الجامع الصغير: لم يقيده بهما ثم رجع محمد فقال: لا يأخذ بقوله إلا أن يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضي عدل وبه أخذ مشايخنا لفساد أكثر قضاة زماننا والتدارك غير ممكن؛ كذا في الشرح. وفي العناية: لا سيما قضاة زماننا لأن أكثرهم يتولون بالرشا فأحكامهم باطلة. ومعناه أن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا حكم القاضي وإلا كان القاضي شاهداً على فعل نفسه؛ كذا في فتح القدير. واستثنى في الهداية من هذا الكلي كتاب القاضي إلى القاضي لضرورة إحياء الحقوق ولأن الخيانة في مثله قلما تقع ا هـ. فظاهر الاقتصار على كتاب القاضي أن القاضي لا يقبل قوله فيما عداه سواء كان قتلاً أو قطعاً أو ضرباً كما في الكتاب أو غيرها، فلو قال قضيت بطلاقها أو بعتقه أو ببيع أو نكاح أو إقرار لم يقبل قوله. والحاصل أن الإمام محمداً لما رجع عن القول بقبول قوله إلا أن يعاين الحجة لم يجره المشايخ على إطلاقه فمنهم من

قوله: **(لأن طاعة أولي الأمر واجبة)** قال العلامة البيري في أواخر شرحه على الأشباه والنظائر عند الكلام على شروط الإمامة: ثم إذا وقعت البيعة من أهل الحل والعقد صار إماماً يفترض إطاعته كما في خزانة الأكمل وفي شرح الجواهر: تجب إطاعته فيما أباحه الدين وهو ما يعود نفعه إلى العامة كعمارة دار الإسلام والمسلمين مما تناوله الكتاب والسنة والإجماع اهـ. وفي النهاية وغيرها روي عن أبي يوسف لما قدم بغداد صلى بالناس العيد وكلفه هارون الرشيد وكبر تكبير ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، وروي عن محمد هكذا، وتأويله أن هارون أمرهما أن يكبرا تكبير جده ففعلا ذلك امتثالاً لأمره، وقد نصوا في الجهاد على امتثال أمره في غير معصية. وفي التتارخانية عن المحيط: إذا أمر الأمير أهل العسكر بشيء فعصاه في ذلك واحد فالأمير لا يؤدبه في أول وهلة ولكن ينصحه حتى لا يعود إلى مثل ذلك بلا عذر، فإن عصاه بعد ذلك أدبه إلا إذا بين في ذلك عذراً فعند ذلك يخلي سبيله ولكن يحلفه بالله تعالى لقد فعلت هذا بعذر اهـ. وقد أخذ البيري من مجموع هذه النقول أنه لو أمر أهل بلدة بصيام أيام بسبب الغلاء أو الوباء وجب امتثال أمره والله تعالى أعلم. قوله: **(وكذا**

....

زاد أو يشهد بذلك مع القاضي عدل وهو رواية عنه، وقد استبعده في فتح القدير بكونه بعيداً في العادة وهو شهادة القاضي عند الجلاد، ومنهم من استثنى كتاب القاضي كما قد علمت، والاكتفاء بالواحد على هذه الرواية في حق يثبت بشاهدين، وإن كان في زنا فلا بد من ثلاثة أخر؛ كذا ذكره الأسبيجابي. وأما الإمام أبو منصور الماتريدي فقيده بغير العالم العدل أما من كان متصفاً بهما فيقبل قوله لأن عدم الاعتماد إنما علل بالفساد والغلط وهو منتفٍ في العالم العدل. وذكر الأسبيجابي أن المسألة مصورة عند أبي حنيفة في القاضي العالم العدل لأنه إذا كان غير هذا لا يولى القضاء ولا يؤتمر بأمره بالاتفاق ا هـ. فما قاله أبو منصور كشف عن مذهب الإمام فلهذا اختاره في الكتاب. وفي التهذيب: ويصدق القاضي فيما قال من التصرف في الأوقاف وأموال اليتامى والغائبين من أداء وقبض، وإذا رفع إلى القاضي أنك حكمت على فلان بكذا وهو غائب لم يصدق فيه ا هـ. وفي جامع الفصولين من الفصل العاشر: وروى ابن سماعة أن القاضي لا يقضي بعلمه. أقول: ينبغي أن يفتى به في غير كتاب القاضي لمعنى ظاهر في أكثر قضاة الزمان أصلح الله شأنهم. ورأيت في عيون المذاهب أنه لو قال قاضٍ عدل عالم حكمت على هذا بالرجم أو بالقطع فافعله وسعك أن تفعله إلا عند مالك والشافعي في قول ومحمد في رواية وبه يفتى ا هـ. فقد ثبت أن الفتوى على ما رجع إليه محمد لكن رأيت بعد ذلك في شرح أدب القضاء للصدر الشهيد أنه صح رجوع محمد إلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رواه هشام عنه ا هـ. والحاصل المفهوم من شرح الصدر الشهيد أن الشيخين قالا بقبول إخباره عن إقراره بشيء لا يصح رجوعه عنه مطلقاً، وأن محمداً أولاً وافقهما ثم رجع عنه وقال لا يقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه وهو المراد بقول من روي عنه أنه لا يقبل مطلقاً ثم صح رجوعه إلى قولهما، وأما إذا أخبر القاضيَ بإقراره عن شيء يصح رجوعه عنه كالحد لم يقبل قوله بالإجماع، وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة وعدلوا وقبلت شهادتهم على ذلك تقبل في الوجهين جميعاً ا هـ. ثم اعلم أن القاضي إذا قضى بشيء ينبغي له أن يشهد على قضائه، سواء كان ببينة أو بإقرار مطلقاً إلى آخر ما ذكره الصدر الشهيد. ولا بد من إشهاده عليه في محل ولايته فلو أشهد على قضائه بعد ما خرج من المصر لم يسع الشاهدين الشهادة وإن بينا لم يقبلا كما ذكره الحصيري في شرح الجامع الكبير.

إن كان فاسقاً) معطوف على المنفي المقدر بعد «إلا» والمعنى وإلا يحسن الشرائط أو كان فاسقاً لا يجب تصديقه إلا أن يعاين الحجة قوله: **(لم يقيده بهما)** أي بالعدالة والعلم قوله: **(لما رجع عن القول بقبول قوله إلا أن يعاين الحجة)** الصواب إبدال «عن» بـ «إلى» كما لا يخفى بأدنى تأمل.

قوله: **(إن الشيخين قالا بقبول إخباره عن إقراره)** أي إخبار القاضي عن إقرار الخصم بما لا

عزل لرجل أخذت منك ألفاً ودفعته إلى زيد قضيت به عليك فقال الرجل أخذته ظلماً فالقول للقاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق إذا كان المقطوع يده والمأخوذ منه ماله مقراً أنه فعله وهو قاضٍ.

قوله: **(وإن قال قاض عزل لرجل أخذت منك ألفاً ودفعته إلى زيد قضيت به عليك فقال الرجل أخذته ظلماً فالقول للقاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق إذا كان المقطوع يده والمأخوذ منه ماله مقراً أنه فعله وهو قاض)** لأنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً ولا يمين عليه لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي. وأشار المؤلف إلى عدم الضمان على القاطع والآخذ لو أقر بما أقر به القاضي. وقيد بإقراره أنه فعله وهو قاضٍ لأن المقطوع يده والمأخوذ ماله لو زعماً أنه فعل قبل التقليد أو بعد العزل ففيه اختلاف، والأصح أن القول للقاضي لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون وجنونه معهود. ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق. ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو لا يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كان له فلا يصدق في دعوى التملك إلا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه. ثم اعلم أن الأصل أن المقر إذا أسند إقراره إلى حالة منافية للضمان من كل وجه فإنه لا يلزمه شيء منها ما ذكرناه. ومنها لو قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وأنا عبد فقال المقر له بل قطعتها وأنت حر فالقول للعبد. ومنها ما لو قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد فقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول للمولى. ومنها الوكيل بالبيع إذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكاً، وإن كان قائماً فالقول للموكل لأنه أخبر عما لا يملك الإنشاء، وكذا في مسألة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لأنه أقر بالأخذ وبالإضافة يدعي عليه التمليك. ومنها لو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم أنفقت عليك كذا وكذا من المال وأنكر اليتيم كان القول للوصي لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان، وأورد في النهاية على هذا الأصل ما إذا أعتق أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتها وأنا حرة فالقول لها، وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر للضمان

يصح رجوع المقر عنه كالقصاص وحد القذف والأموال والطلاق وسائر الحقوق قوله: **(وذكر الشارح أن هذا الفرق غير مخلص)** قال في الحواشي السعدية: لعدم جريانه في صورة النزاع في أخذ غلة العبد وقطع يد الأمة كما لا يخفى.

. . . .

بإسناد الفعل إلى حالة منافية للضمان، فأجاب بالفرق من حيث إن المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التمليك لنفسه فيصدق في إقراره ولا يصدق في دعواه التمليك له، وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك بإذنك فأنكر الإذن يضمن المقر. وذكر الشارح أن هذا الفرق غير مخلص وهو كما قال وقد خرج هذا الفرع ونحوه بما زدناه على القاعدة من قولنا من كل وجه لأن كونها أمة له لا ينفي الضمان عنه من كل وجه لأنه يضمن فيما لو كانت مرهونة أو مأذونة مديونة فلم يرد. وأصل المسألة في المجمع من الإقرار قال: ولو أقر حربي أسلم بأخذ مال قبل الإسلام أو بإتلاف خمر بعده أو مسلم بمال حربي في دار الحرب أو بقطع يد معتقة قبل العتق فكذبوه في الإسلام أفتى بعدم الضمان في الكل. قال المصنف في شرحه وقالا: يضمن لأنه أسنده إلى حالة قد يجامعها الضمان في الجملة فلا يبرأ بهذا الإسناد. وفي البزازية: صب دهناً لإنسان عند الشهود فادعى مالكه ضمانه فقال كانت نجسة لوقوع فأرة فالقول للصاب لإنكاره الضمان والشهود يشهدون على الصب لا على عدم النجاسة، وكذا لو أتلف لحم طواف فطولب بالضمان فقال كانت ميتة فأتلفتها لا يصدق، وللشهود أن يشهدوا أنه لحم ذكي بحكم الحال وقال القاضي لا يضمن فاعترض عليه بمسألة كتاب الاستحسان وهي أن رجلاً لو قتل رجلاً قال كان ارتد أو قتل أبي فقتلته قصاصاً أو للردة لا يسمع فأجاب وقال: لأنه لو قبل لأدى إلى فتح باب العدوان فإنه يقتل ويقول كان القتل لذلك وأمر الدم عظيم فلا يهمل بخلاف المال فإنه بالنسبة إلى الدم أهون حتى حكم في المال بالنكول وفي الدم حبس حتى يقرأ ويحلف واكتفى باليمين الواحدة في المال وبخمسين يميناً في الدم ا هـ. والله تعالى أعلم.

قوله: **(فالقول للمصاب الخ)** ظاهره أن القول له في عدم الضمان وليس كذلك بل القول قوله في كونه متنجساً، وأما الضمان فلا فيضمن قيمته متنجساً. قال الشيخ شرف الدين الغزي: وقد أوضحناه في تنوير البصائر على الأشباه؛ أبو السعود. وعليه فقوله «لإنكاره الضمان» معناه ضمان المثل

كتاب الشهادات

هي إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان وتلزم بطلب المدعي

كتاب الشهادات

أخرها عن القضاء لأنها كالوسيلة له وهو المقصود وهي سببه. الكلام فيها في مواضع: الأول في معناها لغة وشريعة واصطلاحاً فالأول كما في الصحاح خبر قاطع تقول منه شهد الرجل على كذا وربما قالوا شهد الرجل بسكون الهاء للتخفيف، وقولهم أشهد بكذا أي أحلف والمشاهدة المعاينة وشهده شهوداً أي حضره فهو شاهد، وقوم شهود أي حضور وهو في الأصل مصدر وشهد أيضاً مثل راكع وركع، وشهد له بكذا شهادة أي أدى ما عنده فهو شاهد والجمع شهد كصاحب وصحب وسافر وسفر، وبعضهم ينكره، وجمع الشهد شهود وأشهاد والشهيد الشاهد والجمع الشهداء ا هـ. وفي المصباح فائدة جرى على ألسنة الأمة سلفها وخلفها في أداء الشهادة أشهد مقتصرين عليه دون غيره من الألفاظ الدالة على تحقيق الشيء نحو أعلم وأتيقن وهو موافق لألفاظ الكتاب والسنة أيضاً فكان كالإجماع على تعيين هذه اللفظة دون غيرها، ولا يخلو عن معنى التعبد إذ لم ينقل غيره ولعل السر فيه أن الشهادة اسم من المشاهدة وهي الاطلاع على الشيء عياناً فاشترط في الأداء ما ينبئ عن المشاهدة واختصت بشيء يدل على ذلك وهو ما اشتق من اللفظ وهو أشهد بلفظ المضارع ولا يجوز شهدت لأن الماضي موضوع للإخبار عما وقع نحو قمت أي فيما مضى من الزمان، فلو قال شهدت احتمل الإخبار عن الماضي فيكون غير مخبر به في الحال وعليه قوله تعالى حكاية عن أولاد يعقوب عليهم الصلاة والسلام ﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ [يوسف: ٨١] لأنهم شهدوا عند أبيهم أولاً بسرقته حين قالوا إن ابنك سرق فلما اتهمهم اعتذروا عن أنفسهم بأنهم لا صنع لهم في ذلك فقالوا وما شهدنا عندك سابقاً بقولنا إن ابنك سرق إلا بما عايناه

كتاب الشهادات

قوله: **(فما يرجع إلى الشاهد البلوغ والحرية الخ)** ترك السمع وقد ذكره فيما مر آنفاً عن الشروح وبه تصير ثمانية عشر.

. . . .

من إخراج الصواع من رحله، والمضارع موضوع للإخبار في الحال فإذا قال أشهد فقد أخبر في الحال وعليه قوله تعالى ﴿قالوا نشهد إنك لرسول الله﴾ [المنافقون: ١] أي نحن الآن شاهدون بذلك. وأيضاً فقد استعمل أشهد في القسم نحو «أشهد بالله لقد كان كذا» أي أقسم فتضمن لفظ أشهد معنى المشاهدة والقسم والإخبار في الحال فكأن الشاهد قال أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا الآن أخبر به وهذه المعاني مفقودة في غيره من الألفاظ فلذا اقتصر احتياطاً واتباعاً للمأثور. وقولهم أشهد أن لا إله إلا الله تعدى بنفسه لأنه بمعنى أعلم ا هـ. وأما الثاني فما ذكره المؤلف بقوله.

قوله: **(هي إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان)** أي الشهادة. وصرح الشارح بأن هذا معناها اللغوي وهو خلاف الظاهر وإنما هو معناها الشرعي أيضاً كما أفاده في إيضاح الإصلاح. والمشاهدة المعاينة كما قدمناه، والعيان بالكسر المعاينة كما في ضياء الحلوم فهو تأكيد. والتخمين الحدس والحسبان بالكسر الظن. وأورد على هذا التعريف الشهادة بالتسامع فإنها لم تكن عن مشاهدة، وأجاب في الإيضاح بأن جوازها إنما هو للاستحسان والتعريفات الشرعية إنما تكون على وفق القياس ولكونها إخباراً عن معاينة قال في الخانية: إذا قرئ عليه صك ولم يفهم ما فيه لا يجوز له أن يشهد بما فيه؛ كذا في الحظر والإباحة. وفي الملتقط: إذا سمع صوت المرأة ولم ير شخصها فشهد اثنان عنده أنها فلانة لا يحل له أن يشهد عليها وإن رأى شخصها وأقرت عنده فشهد اثنان أنها فلانة حل له أن يشهد عليها ا هـ. وتمام مسألة الشهادة بما في الصك في شهادات البزازية. وأما معناها في الاصطلاح فقال في العناية: إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة. فالإخبار كالجنس، وقوله «صادق» يخرج الأخبار الكاذبة وما بعده يخرج الأخبار الصادقة غير الشهادات ا هـ. ويرد عليه قول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات فالأولى أن يزاد لإثبات حق كما في فتح القدير. ولم يقولوا بعد دعوى لتخلفها عنها في نحو عتق الأمة وطلاق الزوجة فلم تكن الدعوى شرطاً لصحتها مطلقاً، وقول بعضهم إنها إخبار بحق للغير على الغير بخلاف الإقرار فإنه إخبار بحق على نفسه للغير والدعوى فإنها إخبار بحق لنفسه على الغير غير صحيح لعدم شموله لما إذا أخبر بما يوجب الفرقة من قبلها قبل الدخول فإنه شهادة ولم يوجد فيها ذلك المعنى كما أشار إليه في إيضاح الإصلاح، وكأنه لاحظ أنه لم يخبر بحق للغير لأن ذلك موجب لسقوط المهر. وجوابه أن سقوطه عن الزوج عائد إلى أنه له فهو كالشهادة بالإبراء عن الدين فإنه إخبار بحق للمديون وهو السقوط عنه وكذا هنا، وجعل الإخبار أربعة والرابع الإنكار وعزاه إلى شرح الطحاوي. وأما الثاني فركنها لفظ أشهد بمعنى الخبر دون القسم؛ كذا في الشرح ما لم يأت في آخرها بما يوجب الشك، فلو قال أشهد بكذا فيما أعلم لا تقبل كما لو قال

. . . .

في ظني بخلاف ما لو قال أشهد بكذا قد علمت، ولو قال لا حق لي قبل فلان فيما أعلم لا يصح الإبراء، ولو قال لفلان علي ألف درهم فيما أعلم لا يصح الإقرار كما ذكره الإمام الحصيري، ولو قال المعدل هو عدل فيما أعلم لا يكون تعديلاً؛ ذكره في باب أدب القضاء للخصاف.

والحاصل أن قوله فيما أعلم بعد الإخبار موجب للشك فيه عرفاً فيبطل. وأما الثالث فشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، وذلك بالسمع والبصر؛ هكذا في الشرح وفتح القدير والعناية، ولكن زاد فيها الإسلام إن كان المدعى عليه مسلماً وفي كلامهم قصور، لأن من الشرائط أن لا يكون بينه وبين المشهود له قرابة الولاد ولا زوجية، وأن لا يدفع عن نفسه مغرماً، وأن لا يجلب لنفسه مغنماً، وأن لا يكون بينه وبين المشهود عليه عداوة دنيوية كما سيأتي مفصلاً. والظاهر أنهم إنما تركوا هذه لأن مرادهم بيان شرائط الشهادة في الجملة لا بالنظر إلى المشهود له والمشهود عليه ولذا ترى بعضهم ترك قيد الإسلام لجواز شهادة الكافر على مثله، والأحسن ما في البدائع من أن شرائطها نوعان: ما هو شرط تحملها وما هو شرط أدائها. فالأول ثلاثة: العقل وقت التحمل والبصر فلا يصح تحملها من مجنون وصبي لا يعقل وأعمى، وأن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع، ولا يشترط للتحمل البلوغ والحرية والإسلام والعدالة حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً ثم بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضي تقبل. وأما شرائط أدائها فأربعة أنواع: منها ما يرجع إلى الشاهد، ومنها ما يرجع إلى نفس الشهادة، ومنها ما يرجع إلى مكانها، ومنها ما يرجع إلى المشهود به. فما يرجع إلى الشاهد البلوغ والحرية والبصر والنطق والعدالة لكن هي شرط وجوب القبول على القاضي لا جوازه، وأن لا يكون محدوداً في قذف، وأن لا يجر الشاهد إلى نفسه مغنماً ولا يدفع عن نفسه مغرماً، فلا تقبل شهادة الفرع لأصله، والأصل لفرعه، وأحد الزوجين للآخر، وأن لا يكون خصماً فلا تقبل شهادة الوصي لليتيم والوكيل لموكله، وأن يكون عالماً بالمشهود به وقت الأداء ذاكراً له فلا يجوز اعتماده على خطه من غير تذكر عنده خلافاً لهما. وأما ما يخص بعضها فالإسلام إن كان المشهود عليه مسلماً، والذكورة في الشهادة بالحد والقصاص، وتقدم الدعوى فيما إذا كان من حقوق العباد، وموافقتها للدعوى فيما يشترط فيها، فإن خالفتها لم تقبل إلا إذا وافق المدعي عند إمكانه، وقيام الرائحة في الشهادة على شرب الخمر ولم يكن سكراناً لا لبعد مسافة، والأصالة في الشهادة بالحدود والقصاص، وتعذر حضور الأصل في الشهادة على الشهادة وما يرجع إلى الشهادة لفظ الشهادة والعدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال واتفاق الشاهدين وما يرجع إلى مكانها واحد وهو مجلس القضاء وما يرجع

....

إلى المشهود به قد علم من الشرائط الخاصة. فالحاصل أن شرائطها أحد وعشرون: شرائط التحمل ثلاثة، وشرائط الأداء سبعة عشر منها عشر شرائط عامة، ومنها سبعة شرائط خاصة، وشرائط نفس الشهادة ثلاثة، وشرط مكانها واحد. وسيأتي صفة الشاهد الذي ينصبه القاضي شاهداً للناس. والرابع سبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه فإن من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب. الخامس حكمها وجوب الحكم على القاضي. السادس في صفتها تحملاً وأداء وسيأتي. السابع في بيان أن القياس عدم قبولها لاحتمال الكذب لكن لما شرطت العدالة ترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة. الثامن محاسنها كثيرة منها امتثال الأمر في قوله تعالى ﴿كونوا قوّامين لله شهداء بالقسط﴾ [النساء: ١٣٥] وهو حسن. التاسع في دليلها وهو الكتاب والسنة والإجماع. العاشر في أهلها وقد علم من الشرائط.

قوله: **(وتلزم بطلب المدعي)** أي ويلزم أداؤها الشاهد إذا طلبه المدعي فيحرم كتمانها لقوله تعالى ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة: ٢٨٣] فهو نهي عن الكتمان فيكون أمراً بضده حيث كان له ضد واحد وهو آكد من الأمر بأدائها ولذا أسند الإثم إلى رأس الأعضاء وهو الآلة التي وقع بها أداؤها لما عرف أن إسناد الفعل إلى محله أقوى من الإسناد إلى كله، فقوله أبصرته بعيني آكد من قوله أبصرته. وفسر الإمام الرازي في أحكام القرآن الكتمان بعقد القلب على ترك الأداء باللسان، وفسر البغوي آثم بفاجر وإن الله يمسخ قلبه بالكتمان، وفيه أنه ليس في القرآن وعيد أشد منه. واستدل في الهداية بهذه الآية على فرضيتها مع احتمال أن إيراد نهي المدينين عن كتمانها كما احتمل أن يراد نهي الشهود. قال القاضي: ولا تكتموا الشهادة أيها الشهود أو المدينون والشهادة شهادتهم على أنفسهم ا هـ. فعلى الثاني المراد النهي عن كتمان الإقرار بالدين فالأولى الاستدلال على فرضيتها بالإجماع. واحتمل أن الضمير في قول المؤلف «تلزم» عائد إلى الشهادة بمعنى تحملها لا بمعنى أدائها فإن تحملها عند الطلب والتعيين فرض كما سيأتي. وعلى هذا فما في فتح القدير من أنه إن أريد بها تحملها فالنهي لكراهة التنزيه التي مرجعها خلاف الأولى مشكل. وذكر الإمام الرازي

قوله: **(فالحاصل أن شرائطها أحد وعشرون الخ)** هذا الحاصل غير موافق لما مر بل الموافق له أن يقال: فالحاصل أن شرائطها أربعة وعشرون: شرائط التحمل ثلاثة، وشرائط الأداء أحد وعشرون، منها شرائط الشاهد سبعة عشر عشرة عامة، وسبعة خاصة، ومنها شرائط نفس الشهادة ثلاثة، وشرط مكانها واحد. قوله: **(وإنما قلنا أو حكماً ليدخل الخ)** قال بعض الفضلاء: ونظر فيه المقدسي بأن الواجب في هذا إعلام المدعي بما يشهد فإن طلب وجب عليه أن يشهد وإلا لا إذ يحتمل أنه ترك حقه.

....

في أحكام القرآن أن قوله تعالى ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] عام في التحمل والأداء لكن في التحمل على المتعاقدين الحضور إليهما للإشهاد ولا يلزم الشاهدين الحضور إليهما، وفي الأداء يلزمهما الحضور إلى القاضي لا أن القاضي يأتي إليهما ليؤديا ثم قال: إن الشهادة فرض كفاية إذا قام بها البعض سقط عن الباقين، وتتعين إذا لم يكن إلا شاهدان سواء كانت للتحمل أو الأداء ا هـ. فعلى هذا يقال إنها تلزم أي تفترض كفاية. ثم صرح بأن عليهما الكتابة إذا لم يوجد غيرهما إذا كان الحق مؤجلاً وإلا فلا. ثم إنما يلزم أداؤها بشروط: الأوّل طلب المدعي فيما كان من حقوق العباد حقيقة أو حكماً، وإنما قلنا أو حكماً ليدخل من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق فإنه يجب عليه أن يشهد بلا طلب كما في فتح القدير لكونه طالباً لأدائه حكماً. وإنما قيدنا بحقوق العباد لما في القنية أجاب المشايخ في شهود شهدوا بالحرمة المغلظة بعد ما أخروا شهادتهم خمسة أيام من غير عذر أنها لا تقبل إن كانوا عالمين بأنهما يعيشان عيش الأزواج. ثم نقل عن العلاء الحمامي والخطيب الأنماطي وكمال الأئمة البياعي شهدوا بعد ستة أشهر بإقرار الزوج بالطلقات الثلاث لا تقبل إذا كانوا عالمين بعيشم عيش الأزواج، وكثير من المشايخ أجابوا كذلك في جنس هذا وإن كان تأخيرهم بعذر تقبل. مات عن امرأة وورثة فشهد الشهود أنه كان أقر بحرمتها حال صحته ولم يشهدوا بذلك حال حياته لا تقبل إذا كانت هذه المرأة مع هذا الرجل وسكتوا لأنهم فسقوا إلى آخر ما فيها. الثاني أن يعلم أن القاضي يقبل شهادته فإن علم أنه لا يقبلها لا يلزمه. الثالث أن يتعين عليه الأداء فإن لم يتعين بأن كانوا جماعة فأدى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت لم يأثم بخلاف ما إذا أدى غيره ولم تقبل فإن من لم يؤد ممن يقبل يأثم بامتناعه. وهذا إذا لم تكن شهادته أسرع قبولاً من غيره، فإن كانت أسرع وجب الأداء وإن كان هناك من تقبل شهادته كما في فتح القدير. الرابع أن لا يخبر عدلان ببطلان المشهود به فلو شهد عند الشاهد عدلان أن المدعي قبض دينه أو أن الزوج طلقها ثلاثاً أو أن المشتري أعتق العبد أو أن الولي عفا عن القاتل لا يسعه أن يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل كما في الخلاصة، وإن لم يكن المخبر عدولاً فالخيار للشهود إن شاؤوا شهدوا بالدين وأخبروا القاضي بخبر القضاء وإن شاؤوا امتنعوا عن الشهادة؛ كذا في البزازية. وإن كان المخبر واحداً عدلاً لا يسعه ترك الشهادة به وكذا لو قالا عاينا إرضاعهما من امرأة واحدة وكذا لو عاينا واحداً يتصرف في شيء تصرف الملاك وشهد عدلان عنده أن هذا الشيء لفلان آخر لا يشهدان أنه للمتصرف بخلاف إخبار

قوله: **(فإن كانت أسرع وجب الأداء الخ)** فيه تأمل: مقدسي. وكأنه لعدم ظهور وجه لوجوب حيث كان هناك من يقوم به الحق؛ حموي. كذا نقله بعض الفضلاء ولكنه بحثه في مقابلة

. . . .

الواحد العدل. ولو أخبره عدلان أنه باعه من ذي اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت إلى قولهما؛ كذا في البزازية أيضاً.

وفيها في الشهادة بالتسامع: إذا شهد عندك عدلان بخلاف ما سمعته ممن وقع في قلبك صدقه لم يسع لك الشهادة إلا إذا علمت يقيناً أنهما كاذبان، وإن شهد عندك عدل بخلاف ما وقع في قلبك من سماع الخبر لك أن تشهد بالأول إلا أن يقع في قلبك صدق الواحد في الأمر الثاني ا هـ. وينبغي أن يكون الاستثناآن في كل شهادة كما لا يخفى. الخامس أن يكون القاضي الذي طلب الشاهد للأداء عنده عدلاً لما في البزازية: وأجاب خلف بن أيوب فيمن له شهادة فرفعت إلى قاضٍ غير عدل له أن يمتنع عن الأداء حتى يشهد عند قاض عدل ا هـ. وجزم به في السراجية معللاً بأنه ربما لا يقبل ويجرح ا هـ. فعلى هذا لو غلب على ظنه أنه يقبله لشهرته مثلاً ينبغي أن يتعين عليه الأداء، وكذا المعدل لو سأل عن الشاهد فأخبر بأنه غير عدل لا يجب عليه أن يعدله عنده وهي في أدب القضاء للخصاف. السادس أن لا يقف الشاهد على أن المقر أقر خوفاً فإن علم بذلك لا يشهد، فإن قال المقر أقررت خوفاً وكان المقر له سلطاناً، فإن كان في يد عون من أعوان السلطان ولم يعلم الشاهد بخوفه شهد عند القاضي وأخبره أنه كان في يد عون من أعوان السلطان كما في البزازية. السابع أن يكون موضع الشاهد قريباً من موضع القاضي، فإن كان بعيداً بحيث لا يمكنه أن يغدو إلى القاضي لأداء الشهادة ويرجع إلى أهله في يومه ذلك قالوا لا يأثم لأنه يلحقه الضرر بذلك، وقال تعالى ﴿ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾ [البقرة: ٢٨٢] ثم إن كان الشاهد شيخاً كبيراً لا يقدر على المشي إلى مجلس الحاكم وليس له شيء للركوب فأركبه المدعي من عنده قالوا لا بأس به وتقبل به شهادته لأنه من باب الإكرام للشهود، وفي الحديث «أكرموا الشهود» وإن كان يقدر وأركبه المدعي من عنده قالوا لا تقبل؛ كذا ذكره الشارح. وفي القنية: الشهود في الرستاق واحتيج إلى أداء شهادتهم هل يلزمهم كراء الدابة؟ قال: لا رواية فيه ولكني سمعت من المشايخ أنه يلزمهم ا هـ. وفي فتح القدير: ولو وضع للشهود طعاماً فأكلوا إن كان مهيئاً من قبل ذلك تقبل، وإن صنعه لأجلهم لا تقبل، وعن محمد لا تقبل فيهما، وعن أبي يوسف تقبل فيهما للعادة الجارية بإطعام من حل محل الإنسان ممن يعز عليه شاهداً أو لا ويؤنسه ما تقدم من أن الإهداء إذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند الأمير تجوز؛ كذا قيل وفيه نظر فإن الأداء فرض بخلاف الذهاب إلى الأمير ا هـ. وجزم في الملتقط

المنقول فقد ذكر المسألة في شرح الوهبانية عن الخانية قوله: **(السادس أن لا يقف الشاهد الخ)** قال الرملي قال في الجوهرة: وكذا إذا خاف الشاهد على نفسه من سلطان جائر أو غيره أو لم يتذكر الشهادة على وجهها وسعه الامتناع اهـ.

وسترها في الحدود أحب ويقول في السرقة أخذ لا سرق وشرط للزنا أربعة رجال

بالقبول مطلقاً. وفي شرح منظومة ابن وهبان للمصنف: الفتوى على قول أبي يوسف. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أن الشاهد إذا لزمه الأداء بالشروط المذكورة فيه فلم يؤد بلا عذر ظاهر ثم أدى فإنها لا تقبل؛ ذكره شيخ الإسلام لتمكن التهمة فيه إذ يمكن أن تأخيره لعذر، ويمكن أنه لاستجلاب الأجرة. وتعقبه في فتح القدير بقوله: والوجه القبول ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره ا هـ. وإلى أن التحمل كالأداء فيلزم عند خوف الضياع. وفي البزازية: لا بأس للرجل أن يتحرز عن قبول الشهادة وتحملها طلب منه أن يكتب شهادته أو يشهد على عقد أو طلب منه الأداء إن كان يجد غيره فله الامتناع وإلا لا ا هـ. وفي الملتقط: الإشهاد على المداينات والبيوع فرض كذا رواه نصير ا هـ. وذكر الإمام الرازي في أحكام القرآن أن الإشهاد على المبايعات والمداينات مندوب إلا النزر اليسير كالخبز والماء والبقل، وأطلقه جماعة من السلف حتى في البقل.

قوله: **(وسترها في الحدود أحب)** لقوله عليه الصلاة والسلام للذي شهد عنده «لو سترته بثوبك لكان خيراً لك» والمخاطب هزال، والضمير في «سترته» لما عز رضي الله عنه وتعقب الاستدلال بذلك فإن ماعزاً أقر بالزنا ولم يشهد عليه أحد وإنما هزال أشار عليه بالإقرار فلما قال النبي ﷺ لهزال ذلك قال لم أدر أن في الأمر سعة، وللحديث «من ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة»[1] وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي ﷺ وأصحابه رضي الله تعالى عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر. وأفاد بقوله «أحب» أن عدمه جائز إقامة للحسبة لما فيه من إزالة الفساد أو تقليله فكان حسناً ولا يعارضه قوله تعالى ﴿إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا﴾ [النور: ١٩] الآية. لأن ظاهرها أنهم يحبون ذلك

قوله: **(وفي شرح منظومة ابن وهبان الخ)** أقول قال شارحها العلامة عبد البر بن الشحنة نقلاً عن مختصر المحيط للخبازي أخرج الشهود إلى ضيعة اشتراها فاستأجر لهم دواب ليركبوها إن لم يكن لهم قوة المشي ولا طاقة الكري تقبل شهادتهم وإلا فلا، فإن أكل طعاماً للمشهود له لا ترد شهادته. وقال الفقيه أبو الليث: الجواب في الركوب ما قال، أما في الطعام إن لم يكن المشهود له هيأ طعامه للشاهد بل كان عنده طعام فقدمه إليهم وأكلوه لا ترد شهادتهم، وإن هيأ لهم طعاماً فأكلوه لا تقبل شهادتهم. هذا إذا فعل ذلك لأداء الشهادة، فإن لم يكن كذلك لكنه جمع الناس للاستشهاد وهيأ لهم طعاماً أو بعث لهم دواب وأخرجهم من المصر فركبوا وأكلوا طعامه اختلفوا فيه؛ قال الثاني: في

---

(١) رواه البخاري في كتاب المظالم باب ٣. مسلم في كتاب البر حديث ٥٨، ٧٢. أبو داود في كتاب الأدب باب ٣٨، ٦٠. الترمذي في كتاب الحدود باب ٣. أحمد في مسنده (٢/ ٩١، ٢٥٢) (٤/ ٦٢، ١٠٤).

. . . .

لأجل إيمانهم وذلك صفة الكافر، ولأن مقصود الشاهد ارتفاعها لا إشاعتها، وكذا لا يعارض أفضلية الستر آية النهي عن كتمانها لأنها من حقوق العباد بدليل قوله تعالى ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] إذ الحدود لا مدعي فيها، ورد قول من قال إنها في الديون بأن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب كما ذكره الرازي أو لأنه عام مخصوص بأحاديث الستر وفي فتح القدير فإن قلت: كيف صح لك القول بتخصيص عام الكتاب بهذه وهي أخبار آحاد؟ وأيضاً شرط التخصيص عندكم المقارنة، ومن أين ثبت لك ذلك؟ قلت: هذه الأخبار الواردة في طلب الستر بلغت مبلغاً لا ينحط بها عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الأمة لها فصح التخصيص بها أو هي مستند الإجماع على تخيير الشاهد في الحدود، فثبوت الإجماع دليل ثبوت المخصص. وأما المقارنة فإنما هي شرط التخصيص في نفس الأمر وهذا التخصيص الذي ادعيناه ليس بذلك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه في التعارض في كتاب تحرير الأصول من أن الجمع بين العام والخاص إذا تعارضا بأن يحمل على تخصيصه به، فإذا وجب حمله على ذلك تضمن الحكم منا بأنه كان مقارناً أو لأنها ليست مخصصات أول كما إذا رجحنا في التعارض المحرم على المبيح وثبت صحتها تضمن حكمنا بأن المبيح كان مقدماً على المحرم فنسخ حكم الوجوب ترجيح المحرم وإن لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه، وكثيراً ما يعترض بعض متأخري الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من أصحابنا بأن المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ومرادهم في تلك الأماكن ما ذكرنا. هذا كله إذا نظرنا إلى مجرد إطلاق قوله تعالى ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ أما إذا قيدناه بما إذا دعوا للشهادة في الدين المذكور أول الآية فظاهر ا هـ. والأخر مردود بما قدمناه. وفيه أيضاً من كتاب الحدود: وإذا كان الستر مندوباً إليه ينبغي أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه لأنها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد بالزنا ولم يتهتك به أما إذا وصل

الركوب لا تقبل شهادتهم بعد ذلك وتقبل في أكل الطعام. وقال محمد: لا تقبل فيهما. والفتوى على قول الثاني لجري العادة به سيما في الأنكحة ونثر السكر والدراهم، ولو كان قادحاً في الشهادة لما فعلوه؛ كذا في الفخرية اهـ. قوله: **(وتعقبه في فتح القدير بقوله الخ)** قال العلامة عبد البر بن الشحنة: وعندي أن الوجه كما قال شيخ الإسلام سيما وقد فسد الزمان وعلم من حال الشهود التوقف وهذا مطلق عن مسائل الفروج، والظاهر أن هذا مطرد في كل حرفة لا يتوجه فيها تأويل قوله: **(وفي الملتقط الإشهاد على المداينات والبيوع فرض)** قال في التتارخانية عن المحيط: وذكر في فتاوى أهل سمرقند أن الإشهاد على المداينة والبيع فرض على العباد إلا إذا كان شيئاً حقيراً لا يخاف عليه التلف، وبعض المشايخ على أن الإشهاد مندوب وليس بفرض.

. . . .

الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة أولى من تركها لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصي والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك، وذلك يتحقق بالتوبة من الغافلين وبالزجر لهم فإذا ظهر حال الشهرة في الزنا مثلاً والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته فإخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدود خلاف من زنى مرة أو مراراً مستتراً متخوفاً متندماً عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد، وقوله عليه الصلاة والسلام لهزال في ماعز «لو كنت سترته بثوبك» الحديث وسيأتي، كان في مثل من ذكرنا. وعلى هذا ذكره في غيره مجلس القاضي، وأداء الشهادة بمنزلة الغيبة فيه فيحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها ا هـ.

قوله: **(ويقول في السرقة أخذ لا سرق)** إحياء الحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه. وصرح في غاية البيان بأن قوله «أخذ» أولى من «سرق» وعلى هذا فيحمل قول القدوري وجب أن يقول أخذ على معنى ثبت لا الوجوب الفقهي. وقوله في العناية فتعين ذلك مع قوله لا يجوز أي أن يقول سرق تسامح وإنما الكلام في الأفضل وكل منهما جائز. وحكى الفخر الرازي في التفسير أن هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم أبو يوسف فادعى رجل على آخر بأنه أخذ ماله من بيته فأقر بالأخذ فسأل الفقهاء فأفتوا بقطع يده فقال أبو يوسف: لا لأنه لم يقر بالسرقة وإنما أقر بالأخذ فادعى المدعي أنه سرق فأقر بها فأفتوا بالقطع وخالفهم أبو يوسف فقالوا له: لم؟ قال: لأنه لما أقر أولاً بالأخذ وثبت الضمان عليه وسقط القطع فلا يقبل إقراره بعده بما يسقط الضمان عند فعجبوا ا هـ قوله: **(وشرط للزنا أربعة رجال)** لقوله تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] ولقوله تعالى ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ [النور: ٤] ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة؛ كذا في البناية. وأورد أنكم لا تقولون بالمفهوم فمن أين لكم عدم جواز الأقل؟ فأجاب الزيلعي بأنه بالإجماع وأورد المعارضة بين هذه وبين قوله ﴿فاستشهدوا شهيدين﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية. وأجاب في فتح القدير بأنها مبيحة وتلك مانعة والتقديم

قوله: **(وحكى الفخر الرازي في التفسير الخ)** قال الرملي: هذا ظاهر في أنه إذا ادعى أنه أخذ مالي أو دابتي تسمع وإن لم يبين وجه الأخذ اهـ؛ ذكره الغزي. قوله: **(وأورد المعارضة الخ)** قال الرملي: عبارة فتح القدير وإن النص أوجب أربعة رجال بقوله تعالى ﴿أربعة منكم﴾ فقبول امرأتين مع ثلاثة مخالف لما نص عليه من العدد والمعدود، وغاية الأمر المعارضة بين عموم قوله تعالى ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ وبين هذه فتقدم هذه لأنها مانعة وتلك مبيحة اهـ. ولا يخفى عليك ما

ولبقية الحدود والقصاص رجلان وللولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه

للمانع وقدمنا في الحدود أنه يجوز كون الزوج أحدهم إلا في مسألتين: أن يقذفها الزوج أولاً ثم يشهد مع ثلاثة، وأن يشهد معهم على زناها بابنه مطاوعة. ثم اعلم أن العتق المعلق بالزنا يقع بشهادة رجلين وإن لم يحد المولى ويستحلف المولى إذا أنكره للعتق وفيه خلاف ذكره في الخانية وأدب القضاء للخصاف: اعلم أنه يجوز أن يكون من الأربعة ابن زوجها. وحاصل ما ذكره في المحيط البرهاني أن الرجل إذا كان له امرأتان ولإحداهما خمس بنين فشهد أربعة منهم على أخيهم أنه زنى بامرأة أبيهم تقبل إلا إذا كان الأب مدعياً أو كانت أمهم حية.

قوله: **(ولبقية الحدود والقصاص رجلان)** أي وشرط لها شهادة رجلين لقوله تعالى ﴿واستشهدوا﴾ الآية. فلا تقبل شهادة النساء فيها الحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص، ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات؛ كذا في الهداية. وإنما لم يكن فيها حقيقة البدلية لأنها إنما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع إمكان الأصل وليست كذلك فإنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين؛ كذا في العناية وغيرها. وفي خزانة الأكمل: لو قضى بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص وهو يراه أو لا يراه ثم رفع إلى آخر أمضاه ا هـ. ومعنى الآية على ما ذكره الشارح إن لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط بالرجال حتى إذا شهد رجال ونسوة بشيء يضاف الحكم إلى الكل حتى يجب الضمان على الكل عند الرجوع ا هـ. وذكر البقاعي في المناسبات معزياً إلى الحراني: وفي عموم معنى الكون إشعار بتطرق شهادة المرأتين مع إمكان طلب الرجل بوجه ما من حيث لم يقل فإن لم تجدوا ا هـ. وفي الولوالجية: رجل قال إن شربت الخمر فمملوكي حر فشهد رجل وامرأتان أنه شرب الخمر عتق العبد ولا يحد لأن هذه شهادة لا مجال لها في الحدود، ولو قال إن سرقت من فلان شيئاً فعلى قياس ما ذكرنا ينبغي أن يضمن المال ويعتق العبد ولا يقطع ا هـ. وعزا المسألتين في الخانية إلى أبي يوسف ثم قال: والفتوى فيهما على قول أبي يوسف. وفي خزانة الأكمل في مسألة السرقة: أضمنه ولا أعتقه عن محمد. وفي

في كلامه من المخالفة والإيهام تأمل. قول المصنف: **(ولبقية الحدود والقصاص رجلان)** قال الرملي: أطلقه فشمل القصاص في النفس والعضو. وفي الخانية: ولو شهد رجل وامرأتان بقتل الخطأ أو بقتل لا يوجب القصاص تقبل شهادتهم، وكذا الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي لأن موجب هذه الجناية المال فقبل فيه شهادة الرجال مع النساء اهـ. أقول: علم به قبول شهادة رجل وامرأتين في طرف الرجل والمرأة والحر والعبد وكل ما لا قصاص فيه وكان موجبه المال ويعلم به كثير من الوقائع الحالية.

رجل امرأة ولغيرها رجلان أو رجل وامرأتان وللكل لفظ الشهادة والعدالة وسأل عن

خزانة الأكمل: شهدا أنه أعتق عبده ثم شهد أربعة بأنه زنى وهو محصن فأعتقه القاضي ثم رجمه ثم رجع الكل ضمن شاهدا الإعتاق قيمته لمولاه وشهود الزنا ديته لمولاه أيضاً إن لم يكن له وارث غيره.

قوله: **(وللولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل امرأة)** أي وشرط امرأة أي شهادتها للحديث «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه» والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس فيتناول الأقل وهو الواحد وهو حجة على الشافعي في اشتراط الأربع، ولأنه إنما سقط الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد لأن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الإلزام، ثم حكمها في الولادة شرحناه في باب ثبوت النسب، وفي البكارة شرحناه في باب العنين من أنهن إن شهدن ببكارتها يؤجل العنين سنة ويفرق بعده لأنها تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل، وكذا في رد البيع إذا اشتراها بشرط البكارة وإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع؛ كذا في الهداية. وأورد عليه أنه لو ثبت العيب بقولهن لم يحلف البائع بل نرد عليه الجارية فكيف يكون تحليف البائع نتيجة لثبوت العيب في الجارية، بل ثبوت العيب بقولهن يثبت الرد لا التحليف. وأجاب عنه في النهاية بأن ثبوته بقولهن لسماع الدعوى وفي حق التحليف إذ لولا شهادتهن لم يحلف البائع وكان القول له بلا يمين لتمسكه بالأصل وهو البكارة اهـ. وظاهر اقتصاره على الثلاثة يفيد أن قول المرأة بل النساء لا يقبل في غيرها ولكن في خزانة الأكمل: لو شهد عنده نسوة عدول أنها امرأة فلان أو ابنته وسعته الشهادة اهـ. وفيها يقبل تعديل المرأة ولا تقبل ترجمتها. وأطلق في الولادة ويستثنى منه الشهادة على استهلال الصبي في حق الإرث عند أبي حنيفة لأنه مما يطلع عليه الرجال، ويمكن أن يخرج من كلام المصنف بقوله فيما لا يطلع عليه رجل إن كان قيداً في الكل وإن كان الظاهر رجوعه إلى الأخير. وأما في حق الصلاة فتقبل شهادتها اتفاقاً لأنها من أمور الدين، وعندهما تقبل في حق الإرث أيضاً وبقولهما قال الشافعي وأحمد وهو أرجح؛ كذا في

قوله: **(أي وشرط امرأة أي شهادتها)** قال الرملي: سيأتي قريباً أن قبول شهادتها الثبوت سماع الدعوى لا لثبوت الرد بها فأفهم والله سبحانه وتعالى أعلم. قال في الخانية: وفيما لا ينظر إليه الرجال كالقرن والرتق ونحوه اختلفت الروايات. وآخر ما روي عن محمد أنه إن كان قبل القبض وهو عيب لا يحدث ترد بشهادة النساء وهو قول أبي يوسف الآخر، والمرأة الواحدة والمرأتان سواء والمرأتان أوثق. وأما الحبل فيثبت بقول النساء في حق الخصومة ولا ترد بشهادتهن قوله: **(وظاهر اقتصاره على الثلاثة الخ)** قال الرملي: ذكر في الدرر والغرر: والولادة واستهلال الصبي للصلاة عليه

. . . .

فتح القدير، وتقدمت في باب ثبوت النسب. وأشار بقوله «فيما لا يطلع عليه رجل» إلى أن الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما إذا قال تعمدت النظر، أما إذا شهد بالولادة وقال فاجأتها فاتفق نظري عليها تقبل شهادته إذا كان عدلاً كما في المبسوط. وفي خزانة الأكمل: ولا تقبل شهادة الكافرة والمملوكة وإنما تقبل شهادة الحرة المسلمة.

قوله: **(ولغيرها رجلان أو رجل وامرأتان)** للآية. أطلقه فشمل المال وغيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية والعتاق والنسب لأن الأصل في شهادة النساء القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهي المشاهدة والضبط والأداء ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة ولهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت بالشبهات، وإنما لا تقبل شهادة الأربع من غير رجل كيلا يكثر خروجهن، وحكي أن أم بشر شهدت عند الحاكم فقال الحاكم: فرقوا بينهما. فقالت: ليس لك ذلك قال الله تعالى ﴿إن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة: ٢٨٢] فسكت الحاكم؛ كذا في الملتقط. وقد حقق الأكمل في العناية هنا تحقيقاً حسناً كما هو دأبه فقال لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف، وبيان ذلك لأن للنفس الإنسانية أربع مراتب: الأولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الإنسان من مبدأ فطرتهم. والثانية أن يحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فتتهيأ لاكتساب الفكريات ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف. والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب بالفكرة ويسمى العقل بالفعل. والرابعة هي أن يستحضرها ويلتفت إليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف منها وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالنسبة إن ثبتت، فإنه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان وليس كذلك، وقوله ﷺ «ناقصات عقل» المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة اهـ. وهكذا ذكره في آخر التوضيح ومثل الأول في التلويح بقوة الطفل على الكتابة، والثاني باستعداد الرجل الأمي للكتابة، والثالث باستعداد القادر على الكتابة، والرابع بقدرته على الكتابة حالة الكتابة. وأوردت على قوله ولغيرها الشهادة بإسلام الكافر فإنه لا

والبكارة وعيوب النساء امرأة اهـ. فدخل في قوله «وعيوب النساء» الحبل لأنه من العيوب التي يرد بها المبيع تأمل قوله: **(وأشار بقوله فيما لا يطلع عليه رجل الخ)** قال الرملي: قدم في باب ثبوت النسب في شرح قوله «والمعتدة أن جحدت ولادتها بشهادة رجلين الخ» أنه أفاد بقوله بشهادة رجلين قبول شهادة الرجال على الولادة من الأجنبية وأنهم لا يفسقون بالنظر إلى عورتها إما لكونه قد يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا تعمد أو للضرورة كما في شهود الزنا. وفي منح الغفار نقلاً عن السراج الوهاج وقال بعض مشايخنا: تقبل شهادته أيضاً وإن قال تعمدت النظر إليها اهـ. وأقول: فثبت

. . . .

تقبل فيه شهادة النساء كما صرح به في الخلاصة من ألفاظ التكفير وكأنه لكونها تجر إلى قتله إذا أصر على كفره فصار كالشهادة بالحدود والقصاص، ولم أر من نبه عليه. وقيده في البزازية بالرجل، أما إذا كان المشهود عليه بالإسلام امرأة فإنها تقبل شهادة رجل وامرأتين بإسلامها. والحاصل أن المشهود عليه بالإسلام إذا كان رجلاً لا يقبل فيه شهادة النساء ولا الكفار، وأما الشهادة بردة المسلم فلا يقبل فيها شهادة النساء كما ذكره في العناية من السير قوله: **(للكل لفظ الشهادة والعدالة)** أي وشرط لجميع أنواعها لفظ «أشهد» بالمضارع فلا يقوم غيره مقامه لما قدمناه أولها، وقدمنا أن لفظها ركن فالمراد بالشرط هنا ما لا بد منه ليشمل الركن والشرط، وقد أفاد أنه لا بد من لفظها في شهادة النساء أيضاً وهو المعتمد خلافاً للعراقيين لأنهم يجعلونها من باب الأخبار لا الشهادة والصحيح الأول لأنها شهادة يشترط لها الحرية في مجلس القاضي. ولا بد من شرط آخر لجميع أنواعها وهو التفسير حتى لو قال أشهد بمثل شهادته لا تقبل، ولو قال أشهد مثل شهادة صاحبي لا تقبل عند الخصاف، وعند عامة مشايخنا تقبل. وقيده الأوزجندي بما إذا قال لهذا المدعي على هذا المدعى عليه وبه يفتي؛ كذا في الخلاصة. وقال الحلواني: إن كان فصيحاً لا يقبل منه الإجمال وإن كان عجمياً يقبل بشرط أن يكون بحال إن استفسر بين. وقال السرخسي: إن أحس القاضي بخيانته كلفه التفسير وإلا لا. وفي البزازية وقال الحلواني: لو أقر المدعي أو وكيله فقال الشاهد أشهد بما ادعاه هذا المدعي على هذا المدعى عليه أو قال المدعي في يده بغير حق يصح عندنا ا هـ. واعلم أن المصنف تبع صاحب الهداية وغيره في اشتراط العدالة كلفظ الشهادة تسوية منهم بينهما وليس كذلك لأن لفظ الشهادة شرط لصحة الأداء بل ركنه كما قدمناه. وأما العدالة فليست شرطاً في صحة الأداء وإنما ظهورها شرط وجوب القضاء على القاضي كما قدمناه عن البدائع

الخلاف في التعمد ظاهراً، ويمكن التوفيق بأن يحمل كلام النافي على التعمد لا لتحمل الشهادة، والمثبت على التعمد لها إحياء للحقوق بإيصالها إلى مستحقها بواسطة أداء الشهادة عند الحاجة إليها، وفي كلامهم نوع إشارة إليه وربما أفهم كلام الزيلعي في شرح قوله ولو قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت أرجحية القبول، وأيضاً عبارته في هذا المحل. ثم اختلفوا فيما إذا قال تعمدت النظر قال بعضهم تقبل كما في الزنا لطرحه ذكر مقابله وقياسه على الزنا والراجح فيه القبول تأمل. ثم رأيت في التتارخانية نقلاً عن العتابية: واختلف المشايخ فيما إذا دعى إلى تحمل الشهادة عليها وهو يعلم أنه لو نظر إليها يشتهي، فمنهم من جوز ذلك بشرط أن يقصد بذلك تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة. قال شيخ الإسلام: الأصح أنه لا يباح ذلك؛ ذكره في كتاب الكراهية قوله: **(أطلقه فشمل المال وغيره)** قال الرملي: والشهادة على قتل الخطأ وما لا يوجب القصاص من قبيل الشهادة عل المال. قال في الخانية: ولو شهد رجل وامرأتان بقتل الخطأ أو بقتل لا يوجب القصاص تقبل إلى آخر ما مر.

الشهود سراً وعلناً في سائر الحقوق وتعديل الخصم لا يصح والواحد يكفي للتزكية

ولهذا قال في الهداية: لو قضى القاضي بشهادة الفاسق صح عندنا. زاد في فتح القدير: وكان القاضي عاصياً قال: وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس كمباشري السلطان والمكسة وغيرهم تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والأول أصح لأن هذا تعليل لمقابلة النص فلا يقبل ا هـ. وفسر في العناية الوجيه بأن يكون ذا قدر وشرف، وفسر المروءة بالإنسانية قال: والهمزة وتشديد الواو فيهما لغتان ا هـ. وعلى هذا فما في القنية شارب الخمر يستحي ويرتدع إذا زجر فللقاضي أن يقبل شهادته إن كان ذا مروءة وتحرى في مقالته فوجده صادقاً ا هـ. محمول على ما روي عن أبي يوسف.

قوله: **(وسأل عن الشهود سراً وعلناً في سائر الحقوق)** أي وسأل القاضي عنهم في السر والعلانية وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن القضاء مبني على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة، وفيه صون قضائه عن البطلان. وقال أبو حنيفة: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عليه الصلاة والسلام «الناس عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف» ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه، ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عنهم للاحتيال في إسقاطها فيستقصي، ولأن الشبهة فيها دارئة. والحاصل أنه إن طعن الخصم سأل عنهم في الكل وإلا سأل في الحدود والقصاص وفي غيرها محل الاختلاف، وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان؛ كذا في الهداية. ومحل السؤال على قولهما عند جهل القاضي بحالهم ولذا قال في الملتقط: القاضي إذا عرف الشهود بجرح أو عدالة لا يسأل عنهم ا هـ. ولم يذكر المؤلف صفة السؤال وصرح في الهداية بأنه لا بد منه ولم يبين أنه شرط أو لا. وفي الملتقط قال أبو حنيفة: التزكية بدعة. وقال أبو يوسف: لو قضى القاضي بغير تزكية الشهود أجزأت ا هـ. فأفاد أن السؤال

قوله: **(لو قضى القاضي بشهادة الفاسق صح عندنا)** قال الرملي وفي جامع الفتاوى: وأما شهادة الفاسق فإن تحري القاضي الصدق في شهادته تقبل وإلا فلا قوله: **(وقال أبو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة)** قال الرملي: أي يجوز له الاقتصار على سبيل الجواز لا الوجوب قوله: **(ولا يسأل حتى يطعن الخصم)** قال الرملي: ولو بالجرح المجرد ولا ينافيه قوله فيما يأتي ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد لأن عدم سماعها لعدم دخوله تحت الحكم وإلا فالخبر عن فسق الشهود يمنع القاضي عن قبول شهادتهم والحكم بها فالطعن به مسموع منه قبل التزكية وسيظهر من مسائل الطعن والله تعالى أعلم. قوله: **(وقال أبو يوسف لو قضى القاضي بغير تزكية الشهود أجزأت)** قال الرملي: عبارة القدوري «وقال أبو يوسف ومحمد لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية، ومقتضاه أن

....

ليس بشرط صحة عندهما خصوصاً قدمنا عن الهداية أنه لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا من غير حكاية خلاف فكيف إذا قضى بشهادة المستور، فلو قضى ثم ظهر أن الشهود فسقة لم ينقض القضاء، وفي المحيط البرهاني من الحدود: لو قضى بالحد ببينه ثم ظهر أنهم فساق بعد ما رجم فإنه لا ضمان على القاضي لأنه لم يظهر الخطأ بيقين ا هـ. وهذا يدل على أن القاضي لو قضى في الحدود قبل السؤال بظاهر العدالة فإنه يصح وإن كان آثماً، فقوله في الهداية «يشترط الاستقصاء» معناه يجب، ومعنى قول الإمام يقتصر الحاكم يجوز اقتصاره لا أنه يجب اقتصاره. وفي التهذيب للقلانسي: وفي زماننا لما تعذرت التزكية بغلبة الفسق اختار القضاة كما اختار ابن أبي ليلى استحلاف الشهود لغلبة الظن ا هـ. قلت: ولا يضعفه ما في الكتب المعتمدة كالخلاصة والبزازية من أنه لا يمين على الشاهد لأنه عند ظهور عدالته والكلام عند خفائها خصوصاً في زماننا أن الشاهد مجهول الحال، وكذا المزكي غالباً والمجهول لا يعرف المجهول. وفي الملتقط عن غسان بن محمد المروزي قال: قدمت الكوفة قاضياً عليها فوجدت فيها مائة وعشرين عدلاً فطلبت أسرارهم فرددتهم إلى ستة ثم أسقطت أربعة، فلما رأيت ذلك استعفيت واعتزلت. قال الفقيه: لو استقصى القاضي مثل ذلك لضاق الأمر ولا يوجد مؤمن بغير عيب كما قيل:

فلست بمستبق أخاً لا تلمه ... على شعث أيّ الرجال المهذب

وقال عمر رضي الله تعالى عنه: إن الله تعالى تولى منكم السرائر وذوى عنكم بالبينات ا هـ. ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلي ويردها المعدل كل ذلك في السر كي لا يظهر فيخدع أو يقصد. وفي الخانية: لا بد من أن يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزاً عن الفتنة، ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل: لا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بأصل الدار وهذا أصح كما في الهداية، وفي السراجية: والفتوى على أنه

القاضي يأثم بترك السؤال ولا ينافيه إلا جزاء» تأمل قوله: **(وفي التهذيب للقلانسي الخ)** قال العلامة المقدسي بعد ذكر ما في التهذيب: لا يخفى أنه مخالف لما في الكتب المعتمدة، ولا يقال يجب العمل به لأن الشاهد مجهول كالمزكي غالباً والمجهول لا يعرف المجهول لأنا نقول الأمر كذلك لكن قال الفقيه: لو استقصى مثل ذلك لضاق الأمر ولا يوجد مؤمن بغير عيب كما قيل:

ومن ذا الذي ترضى سجاياه كلها ... كفى المرء نبلاً أن تعد معايبه

نقله بعض الفضلاء.

قوله: **(وفي السراجية والفتوى على أنه يسأل في السر)** قال القهستاني: وعن محمد أن تزكية

....

يسأل في السر وقد تركت التزكية في العلانية في زماننا كي لا يخدع المزكي ولا يخون ا هـ. فقد علمت أن ما في المتن على خلاف المفتى به وهو الاقتصار على السر، ويدل عليه ما في الهداية أيضاً: والمستورة اسم الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سراً بيد أمينه إلى المزكي سميت المستورة لأنها تستر عن نظر العوام؛ كذا في النهاية، فمن عرف الشاهد بالعدالة كتب تحت اسمه هو عدل جائز الشهادة، ومن لم يعرفه بشيء كتب هو مستور، ومن عرفه بالفسق لم يصرح بل يسكت احترازاً عن هتك الستر أو يكتب «الله أعلم به» إلا إذا عدله غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك؛ كذا في غاية البيان. وأراد بقوله «ويسأل عن الشهود» أي عن عدالتهم على حذف مضاف وإنما قدرناه لأنه لا يسأل عن حرية الشاهد وإسلامه ما لم ينازعه الخصم، وما ذكره في الجامع من أن الناس أحرار إلا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فإنه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسأل، محمول على ما إذا طعن الخصم بالرق كما قيده القدوري رحمه الله؛ كذا ذكر الشارح. وثبوت حرية الشاهد إما بإقامة البينة عليها أو بالإخبار للقاضي كالعدالة والأول أحب وأحسن لأن الأهلية للشهادة لا تثبت إلا بالحرية وتثبت بدون العدالة، ولأن الحرية والرق من حقوق العباد تجري فيها الخصومة وطريق الإثبات في مثلها للبينة، فأما العدالة فلا تجري فيها الخصومة فيمكن معرفتها بالسؤال عن حاله؛ كذا في المبسوط.

وفي القنية: قال المدعى عليه في الشاهد إنه كافر بالله تعالى فللقاضي أن يسأله عن الإيمان إن اتهمه بذلك وإن كان يشهد بوحدانية الله تعالى ورسالة محمد ﷺ تقبل شهادته، وكذا لو قال أنا مسلم ولست بكافر، ولو سأله الحاكم فذكر في خلال سؤاله ما لا يجوز على الله للتجربة فهذا جهل من القاضي وحمق وقد أساء فيما فعل، ولو جوز هذا كان وبالاً على جميع المسلمين خصوصاً في قضاة أهل الرساتيق فلو أنه تحمق وفعل لا يقبل شهادته ا هـ. وأطلق في السؤال عن الشهود فشمل المسلم والكافر فيسأل عن النصراني إذا شهد على مثله. وفي فتاوى عمر قارئ الهداية تزكية الذمي أن يزكيه بالأمانة في دينه ولسانه ويده وأنه صاحب يقظة ا هـ. وقد أخذه من فتاوى الولوالجي. وفي الملتقط: نصراني عدل ثم أسلم قبلت شهادته ا هـ. وفيه: إذا سكر الذمي لا تقبل شهادته ا هـ. وشمل السؤال عنه إذا شهد حين بلغ وهو ظاهر الخانية. وفي الملتقط: صبي احتلم لا أقبل شهادته ما لم أسأل عنه ولا بد

العلانية بلاء وفتنة. وتزكية السر أحدثها شريح وعليه الفتوى كما في المضمرات وغيره. ويشكل ما في الاختيار أنه يسئل سراً وعلانية وعليه الفتوى اهـ. قلت: يمكن إرجاعه إلى قوله يسأل أي لا يكتفي بالعدالة الظاهرة فهو ترجيح لقولهما تأمل قوله: **(وإنما قدرناه لأنه لا يسأل عن حرية الشاهد وإسلامه الخ)** قال الرملي: قدمنا أن سؤاله عن العدالة على سبيل الوجوب فنفي سؤاله عن الحرية

....

أن يتأنى بعد البلوغ بقدر ما يقع في قلوب أهل مسجده ومحلته كما في الغريب أنه صالح أو غيره ا هـ. وفرق في الظهيرية بينهما بأن النصراني كان له شهادة مقبولة قبل إسلامه بخلاف الصبي، وهذا يدل على أن الأصل عدم العدالة ولم يذكر المؤلف ما يقوله المزكي إذا سئل لأنه يختلف باختلاف الناس، وقدمنا أنه يقول هو عدل. وفي البزازية: وينبغي أن يعدل قطعاً ولا يقول هم عدول عندي لإخبار الثقات به، ولو قال لا أعلم منهم إلا خيراً فهو تعديل في الأصح. وفي النوازل: التعديل أن يقول هم عدول عندي جازت شهادتهم. وفي المنتقى: إذا قال المزكي أعلم فيه إلا خيراً يكفي وإذا جرح الجارح الشهود يقول القاضي للمدعي زدني شهوداً أو يقول لم تحمد شهودك ويكتب القاضي أسماء الشهود أولاً ثم اسم من عدل ا هـ. وفي الملتقط عن أبي يوسف: التزكية أن يقول لا أعلم منه إلا خيراً. وعن أبي يوسف أنه لو قال لا بأس به فقد عدله. وعن محمد بن سلمة أن يقول هذا عندي عدل مرضي جائز الشهادة ا هـ. واختار السرخسي أنه لا يكتفى بقوله هو عدل لأن المحدود في قذف بعد التوبة عدل غير جائز الشهادة، وكذا الأب إذا شهد لابنه فلا بد من زيادة جائز الشهادة كما في الظهيرية، وينبغي ترجيحه. وفي الظهيرية من كتاب الشروط: جواب المزكي على ثلاث مراتب أعلاها جائز الشهادة أو عدل خلافاً للسرخسي في الثاني. والثانية ثقة وهو من لا تقبل شهادته لا لفسقه ولكن لغفلة أو نحوها وبعض القضاة يقيمون كل ثقتين مقام عدل: كذا ذكر الشيخ الإمام الحاكم السمرقندي. والمرتبة الثالثة مستور والمستور هو الفاسق وفي عرف مشايخنا من لا يعرف حاله ا هـ. ويكتفى بالسكوت من أهل العلم والصلاح فيكون سكوته تزكية للشاهد لما في الملتقط: وكان الليث بن مساور قاضياً فاحتاج إلى تعديل شاهد وكان المزكي مريضاً فعاده القاضي وسأله عن الشاهد فسكت المعدل ثم سأله فسكت فقال أسألك ولا تجيبني فقال المعدل أما يكفيك من مثلي السكوت، ولما استقضى أبو مطيع أرسل الأمير إلى يعقوب القارئ يشاوره فسأله الرسول في الطريق عن أبي مطيع فقال يعقوب أبو مطيع أبو مطيع قال محمد بن سلمة: إذا كان المعدل مثل يعقوب القارئ فلا بأس بمثل هذا التعديل ا هـ.

والإسلام ينفي الوجوب أيضاً حتى لو سأله عنهما كان حسناً تأمل قوله: **(وفرق في الظهيرية بينهما الخ)** قال الرملي: أي بين النصراني إذا أسلم وكان عدلاً حيث تقبل وبين الصبي إذا بلغ حيث لا تقبل حتى يسأل عنه ويتأتى بقدر ما يقع في قلوب أهل مسجده ومحلته أنه صالح.

قوله: **(ويكتفي بالسكوت من أهل العلم والصلاح فيكون سكوته تزكية للشاهد)** مخالف لما قدمه عن غاية البيان من قوله «ومن عرفه بالفسق لم يصرح به بل يسكت احترازاً عن هتك الستر أو يكتب الله أعلم به الخ» ثم رأيت بخط ثقة معزياً إلى المقدسي بعد ذكر ما في الملتقط قال أبو نصر:

....

وسيأتي في مسائل الطعن في الشاهد عند بيان الجرح المجرد وغيره ولكن يحتاج هنا إلى بيان مسائل تعارض الجرح والتعديل، فإذا سأل القاضي عن الشاهد ولم يزك طلب غيره فإن زكاه واحد وجرحه واحد فقد تعارضا فقال في البزازية: فإن عدله أحدهما وجرحه الآخر تعارضا كأنه لم يسأل أحداً، وإن عدله الثالث فالتعديل أولى، وإن جرحه الثالث فالجرح أولى. وذكر الصدر: إذا جرح واحد وعدل واحد فعند الإمامين الجرح أولى كما لو كانا اثنين. وعند محمد ما لم يتم بالواحد توقف الشهادة ولا يجيز حتى يسأل الآخر، فإن جرحه تم الجرح، وإن عدله تم التعديل، فإن جرحه واحد وعدله اثنان فالتعديل أولى عندهم، وإن جرحه اثنان وعدله عشرة فالجرح أولى، فلو قال المدعي بعد الجرح أنا أجيء بقوم صالحين يعدلونهم. قال في العيون قبل ذلك: وفي النوادر أنه لا يقبل وهو اختيار ظهير الدين وعلى قول من يقبل إذا جاء بقوم ثقة يعدلونهم فالقاضي يسأل الجارحين فلعلهم جرحوا بما لا يكون جرحاً عند القاضي لا يلتفت إلى جرحهم؛ هذا ألطف الأقاويل. ولو عدل الشهود سراً فقال الخصم أجيء في العلانية بمن يبين فيهم ما ترد به شهادتهم لا تقبل مقالته إلى أن قال أن الجرح أولى إلا إذا كان بينهم تعصب فإنه لا يقبل جرحهم لأن أصل الشهادة لا تقبل عند التعصب فالجرح أولى ا هـ. وقد ظهر من إطلاق كلامهم هنا أن الجرح يقدم على التعديل، سواء كان مجرداً أو لا عند سؤال القاضي عن الشاهد والتفصيل الآتي من أنه إن كان مجرداً لا تسمع البينة به أولاً فتسمع إنما هو عند طعن الخصم في الشاهد علانية لكن في الملتقط: فلو عدل فقال قوم إنا رأيناه أمس سكران أو يبايع بالربا أو يشرب الخمر إن كان شيئاً يلزمه فيه حق من حد أو مال يرد على صاحبه ردت شهادته وإلا لا ا هـ. وينبغي حمله على ما إذا كان علانية، أما إذا أخبروه سراً فلا وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى. وشمل إطلاقه ما إذا كان الشاهد غريباً فإن كان غريباً ولا يجد معدلاً فإنه يكتب إلى قاضي بلده ليخبره عن حاله كما في البزازية. وفي كشف الأسرار شرح أصول فخر الإسلام من بحث المجمل أنه

كان سكوته منه طعناً في الشهادة قوله: **(وعلى قول من يقبل الخ)** جزم به في الخانية حيث قال: فإن القاضي يسمع ذلك ويسأل عنهم فإن عدلوهم سأل القاضي الطاعنين بم يطعنون لاحتمال أنهم طعنوا بما لا يكون جرحاً عند القاضي، فإن بينوا ما يكون طعناً فإن الجرح أولى وإلا فإن القاضي لا يلتفت إليهم ويقضي بشهاده شهود المدعي. وكذا لو عدل المزكي الشهود وطعن المشهود عليه وقال للقاضي سل عنهم فلاناً وفلاناً وسمى قوماً يصلحون الخ. قوله: **(عند سؤال القاضي عن الشاهد)** كان ينبغي أن يزيد أو عند طعن الخصم وبرهن عليه سراً لأنه تقبل حينئذ لأنهم لم يفسقوا بإظهار الفاحشة بخلاف ما إذا برهن علانية لا يقبل برهانه لفسق شهوده بإظهار الفاحشة كما سيأتي آخر الباب الآتي، وحينئذ يظهر الجواب الآتي عما في الملتقط تأمل. قوله: **(من بحث المجمل أنه)** أي المجمل.

....

على مثال رجل دخل بلدة لا يعرفه أهلها بالتأمل فيه بل بالرجوع إلى أهل بلدته حتى لو شهد لا يحل للقاضي أن يقضي بشهادته ولا للمزكي أن يعدله إلا بالرجوع إلى أهل بلدته ليعرف حاله ا هـ. وظاهر إطلاقه أيضاً أنه يسأل عنهم في كل حادثة شهدوا فيها لكن قالوا: لو عدل في حادثة وقضى به ثم شهد في أخرى فإن بعدت المدة أعيد وإلا لا، وكذا غريب نزل بين ظهراني قوم لا يعدله قبل مضي ذلك الزمان، وكذا إذا تخللت تلك المدة بين الشهادة والتعديل هل يؤثر في قبول الشهادة الماضية، وكان الإمام الثاني يقول ذلك الزمان ستة أشهر ثم رجع إلى سنة، ومحمد لم يقدره بل على ما يقع في القلوب الوثوق وعليه الفتوى؛ كذا في البزازية. وفيها أيضاً وفي المنتقى: شهدوا بمال فلم يعدلوا فطلب المدعى عليه من القاضي أن يكتب وثيقة ويحكم بأنه مردود الشهادة حتى لا يقبله قاضٍ آخر حكم وكتب به، وإذا فعل ذلك لا يقبل القاضي الآخر هذه الشهادة، فإن كان الأول لم يحكم برد شهادتهم للثاني أن يقبل إذا عدلوا ا هـ. وفي الملتقط: وإذا أبطل القاضي شهادته في دار فجاء بعد عشرين سنة فشهد بها أيضاً الآخر فشهادته باطلة ا هـ. وفي الخلاصة: من ردت شهادته في حادثة لعلة ثم زالت تلك العلة فشهد لم تقبل إلا في أربعة: الصبي والعبد والكافر على المسلم والأعمى إذا شهدوا فردت ثم زال المانع فشهدوا تقبل ا هـ. ثم اعلم أنه يفرق بين المردود لتهمة وبين المردود لشبهة فالثاني يقبل عند زوال المانع بخلاف الأول فإنه لا يقبل مطلقاً: أشار إليه في النوازل. ولو قال المؤلف سراً ثم علناً بثم دون الواو لكان أولى وإن أمكن حملها عليها ليفيد أنه لا بد من تقديم تزكية السر على العلانية لما في الملتقط عن أبي يوسف: لا أقبل تزكية العلانية حتى يزكى في السر ا هـ. وشمل الشاهد الأصلي والفرعي فيسأله عن الكل؛ كذا عن أبي يوسف. وعن محمد يسأل عن الأولين فإن زكيا سأل عن الآخرين؛ كذا في الملتقط.

تنبيه: لا تجوز التزكية إلا أن تعرفه أنت أو وصف لك أو عرفت أن القاضي زكاه أو زكى عنده. وقال محمد: كم من رجل أقبل شهادته ولا أقبل تعديله يعني أن الشهادة على الظواهر ولا كذلك التعديل؛ كذا في الملتقط. فيشترط لجوازها شروط: الأول أن تكون الشهادة عند قاضٍ عدل عالم. الثاني أن تعرفه وتختبره بشركة أو معاملة أو سفر. الثالث أن تعرف أنه ملازم للجماعة. الرابع أن يكون معروفاً بصحة المعاملة في الدينار والدرهم. الخامس أن يكون مؤدّياً للأمانة. السادس أن يكون صدوق اللسان. السابع اجتناب الكبائر. الثامن أن تعلم منه اجتناب الإصرار على الصغائر وما يخل بالمروءة، والكل في شرح أدب القضاء للخصاف. وفي النوازل: من قال لا أدري أنا مؤمن أم غير مؤمن لا تعدله ولا تصلي خلفه ا هـ. وفي البزازية: عرف فسق الشاهد فغاب غيبة منقطعة ثم قدم ولا يدري منه إلا الصلاح لا يجرحه المعدل ولا يعدله، ولو كان معروفاً بالصلاح فغاب غيبة منقطعة ثم حضر فهو على العدالة والشاهدان لو عدلا بعد ما تابا يقضى بشهادتهما، وكذا لو غابا ثم عدلاً،

....

ولو خرسا أو عميا لا يقضى. تاب الفاسق لا يعدل كما تاب بل لا بد من مضي زمان يقع في القلب صدقه في التوبة ا هـ. تنبيه آخر: ولو زكى من في السر علناً يجوز عندنا، والخصاف شرط تغايرهما؛ كذا في البزازية. وفي المصباح: علن الأمر علونا من باب قعد ظهر وانتشر فهو عالن وعلن علناً من باب تعب لغة فهو علن وعلين والاسم العلانية مخففاً ا هـ. تنبيه آخر: يسأل القاضي عن الشهود الذمة عدول المسلمين وإلا فيسأل عنهم عدول الكفار؛ كذا في المحيط والاختيار. قوله: **(وتعديل الخصم لا يصح)** أي تزكية المدعى عليه الشاهد بقوله هو عدل غير مقبولة لأن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلاً، وموضوع المسألة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطؤوا أو نسوا، أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق؛ كذا في الهداية. وفي شرح أدب القضاء للصدر الشهيد أن يكون مقراً بقوله صدقوا فيما شهدوا به علي وبقوله هم عدول فيما شهدوا به علي. أطلقه وقيده في البزازية بما إذا كان المدعى عليه لا يرجع إليه في التعديل فإن كان صح قوله وشمل الخصم المدعي والمدعى عليه، وإن أراد به المدعى عليه وهو الظاهر فعدم صحته من المدعي بأولى كتعديل الشاهد نفسه. وأما جرح الشاهد نفسه فمقبول لما في البزازية: وقول الشاهد إنه ليس بعدل إقراره على نفسه جائز عليه وكان ينبغي له أن لا يفعل ا هـ. وظاهر ما في الظهيرية أنه يأثم بذلك حيث كان صادقاً في شهادته لما فيه من إبطال حق المدعي. ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعديل أحد الشاهدين صاحبه وفيه اختلاف؛ قال في الظهيرية: شاهدان شهدا لرجل والقاضي يعرف أحدهما بالعدالة ولا يعرف الآخر فعدله الذي عرفه القاضي بالعدالة. قال نصير رحمه الله: لا يقبل القاضي تعديله ولابن سلمة فيه قولان، وعن أبي بكر البلخي في ثلاثة شهدوا والقاضي يعرف اثنين منهم بالعدالة ولا يعرف الثالث فإن القاضي يقبل تعديلهما لو شهد هذا الثالث شهادة أخرى ولا يقبل تعديلهما في الشهادة الأولى وهو كما قال نصير رحمه الله تعالى ا هـ. وأطلقه فشمل ما إذا عدله المدعى عليه قبل الشهادة أو بعدها كما في البزازية ويحتاج إلى تأمل فإنه قبل الدعوى لم يوجد منه كذب في إنكاره وقت التعديل وكان الفسق الطارئ على المعدل قبل القضاء كالمقارن. وفي البزازية: ولا يسأل رجلاً له على المشهود عليه دين فلسه الحاكم، وهذا دليل على أن الشاهد إذا كان له دين على المشهود عليه وهو مفلس لا تقبل ا هـ. وفي المحيط البرهاني من دفع الدعاوى معزياً إلى الأوزجندي: إذا قال المدعى عليه بعد الشهادة لي دفع لا يكون تعديلاً للشهود لجواز أن يكون بالطعن في الشاهد ا هـ. قلت: بخلاف قول المدعي عليه في جواب دعوى الوكيل بالدين دفعته إلى الموكل أو أبرأني فإنه يكون إقراراً بالوكالة فإنه يؤمر بالدفع إلى الوكيل كما سيأتي فيها.

قوله: **(والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجمة)** وهذا عندهما. وقال محمد: لا يجوز

....

إلا اثنان لأنهما في معنى الشهادة لأن ولاية القاضي تنبني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كالعدالة، وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود، ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد في الشهادة أمر تحكمي أي تعبدي في الشهادة فلا يتعداها، ومحل الاختلاف ما إذا لم يرض الخصم بتزكية واحد فإن رضي الخصم بتزكية واحد فزكى جاز إجماعاً؛ كذا في الولوالجية. وأطلق في التزكية والمراد تزكية السر، ولو قال الواحد العدل المسلم لكان أولى لاشتراط العدالة فيها والإسلام في المزكي لو المشهود عليه مسلماً كما في البزازية. وأطلق في الواحد فشمل العبد والمرأة والأعمى والمحدود في القذف إذا تاب، والصبي، وأحد الزوجين للآخر، والوالد لولده وعكسه، والعبد لمولاه وعكسه. وخرج من كلامه تزكية الشاهد بحد الزنا فلا بد في المزكى فيها من أهلية الشهادة والعدد الأربعة إجماعاً، ولم أر الآن حكم تزكية الشاهد ببقية الحدود ومقتضى ما قالوه اشتراط رجلين لها. وقيدنا بالتزكية السر احترازاً عن تزكية العلانية فإنه يشترط لها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك إلا لفظ الشهادة إجماعاً لأن معنى الشهادة فيها أظهر فإنها تختص بمجلس القضاء، وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله الخصاف وأطلق في الرسالة فشمل رسول القاضي إلى المزكي ورسول المزكي إلى القاضي كما في فتح القدير لا الأوّل كما زعمه الشارح. وأطلق في الترجمة فشمل المترجم عن الشهود أو عن المدعي أو المدعى عليه لا الأول كما توهمه الشارح قالوا: والأحوط في الكل اثنان. وفي البزازية: ولا يعلمه أنه يسأل عنه. وعلله الصدر الشهيد بأنه إذا أعلمه ربما خدع المزكي أو أخافه ولا يعلمه أنه سأل عنه سراً إنما يطلب منه تزكية العلانية، وينبغي للقاضي أن يختار في المسألة عن الشهود من هو أخبر بأحوال الناس وأكثرهم اختلاطاً بالناس مع عدالته عارفاً بما لا يكون جرحاً وما يكون جرحاً غير طماع ولا فقير كي لا يخدع بالمال فإن لم يكن في جيرانه ولا أهل سوقه من يثق به سأل أهل محلته وإن لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الأخبار؛ كذا ذكره الشارح. وخص في البزازية: السؤال من الأصدقاء. وأشار المؤلف بقبول قول الواحد في التزكية إلى قبول قوله في الجرح وسيأتي. وليس مراد المؤلف التسوية بين الثلاثة في جميع الوجوه وإنما مراده التسوية في الاكتفاء بالواحد وبين التزكية والترجمة فرق فإن الترجمان لو كان أعمى لا يجوز عند الإمام ويجوز عند الثاني، وقدمنا أن تزكية الأعمى جائزة ولا يكون المترجم امرأة كما قدمناه عن الخزانة وتصلح للتزكية. وشرط في الظهيرية في المترجم عن الشاهد أن يكون الشاهد أعجمياً وعن الخصم أن يكون كذلك

قوله: (**وأطلق في الواحد فشمل العبد والمرأة والأعمى**) سيأتي يذكر أن المرأة والأعمى لا تجوز ترجمتهما فالظاهر أن المراد الإطلاق بالنسبة للتزكية.

. . . .

فظاهره أن القاضي إذا كان عارفاً بلسان الشاهد والخصم لم تجز ترجمة الواحد. وفي المصباح: ترجم فلان كلامه إذا بينه وأوضحه، وترجم كلام غيره إذا عبر عنه بلغة غير لغة المتكلم واسم الفاعل ترجمان وفيه لغات أجودها فتح التاء وضم الجيم، والثانية ضمهما معاً وتجعل التاء تابعة للجيم، والثالثة فتحهما بجعل الجيم تابعة للتاء والجمع تراجم ا هـ. والتزكية المدح. قال في الصحاح: زكى نفسه تزكية مدحها ا هـ.

تنبيه: يستثنى من قوله أولاً وسأل عن الشهود أربعة شهود لا يسأل القاضي عنهم قال الخصاف في أدب القضاء قال إسماعيل بن حماد: أربعة من الشهود لا أسأل عنهم: شاهد رد الطينة، وشاهد تعديل العلانية، وشاهد الغريب ليدعوه القاضي على غير قرعة، وشاهد العدوى. وشرحها في شرحي منظومة ابن وهبان من أول الشهادات، وإسماعيل هذا هو حفيد أبي حنيفة وهو من جملة الأئمة أخذ عن أبي يوسف وزاحمه في العلم ولو عمر لفاق المتقدمين ولكنه مات شاباً. قلت: فيحتاج هنا إلى فهم قولهم لا بد من العدالة في المزكي فإنه لا يسأل عنه فتعين أن يكون المراد بالمزكي العدل من كان معروفاً بها عند القاضي فإن لم يكن معروفاً بها لم يسأل عنه فلا يقبل تزكيته كما لا يخفى، وليس المراد أنه لا يشترط عدالة المزكي كما فهمه العلامة ابن الشحنة بناء على أنها للاحتياط للاكتفاء بتزكية السر لتصريح الكل باشتراط عدالة المزكي خصوصاً في تزكية العلانية، وإنما المراد ما فهمناه عنهم، ولما نظر إلى أن عدم السؤال في المسائل الثلاث لأجل الاكتفاء بالمستور ظن أن المزكي كذلك وليس كما ظنه لما قدمناه من التصريح عنهم وإن كان ما فهمه هو المراد، فما ذكره القاضي إسماعيل ضعيف لنقل الإجماع على أن تزكية العلانية كالشهادة أو هو محمول على ما إذا تقدمت التزكية سراً وهو الظاهر. تنبيه: ذكر بعضهم أن الأولى كون القاضي عارفاً باللغة التركية، ورده الطرسوسي وأطال في فوائده، ورد عليه ابن وهبان في شرحه ومن أراد الاطلاع على ذلك فلينظر فيه وقد تركته لأنه لا طائل تحته حتى قال ابن وهبان: ولولا قصد مناقشة الطرسوسي لما تكلمت على ذلك. تنبيه آخر: قبول قول الواحد لا ينحصر في الثلاث المذكورة في الكتاب بل ذكر ابن وهبان أنه يقبل قول الواحد العدل في إحدى عشرة مسألة، والرابعة التقويم للمتلفات لكن ذكر في البزازية من خيار العيب أنه يحتاج إلى تقويم عدلين لمعرفة النقصان فيحتاج إلى الفرق بين التقويمين. الخامسة الجرح وقدمناه. السادسة تقدير الأرش.

قوله: (**شرحها في شرحي منظومة ابن وهبان**) أي في شرحها لمصنفها وشرحها لابن الشحنة وعبارة الثاني: فشاهد الغريب هو أن يجتمع الخصوم بباب القاضي ومنهم شخص يدعي الغربة والغزم على السفر وفوت الرفاق بالتأخر ويطلب تقديمه لذلك فلا تقبل منه إلا بشاهدين على ذلك، ولا يحتاج إلى تزكيتهما لتحقق الفوت بطول المدة بالتزكية والعدوى هو ما لو سمى شخصاً بينه وبين

والرسالة والترجمة وله أن يشهد بما سمع أو رأى في مثل البيع والإقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن لم يشهد عليه ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه ولا

السابعة اختلفا في صفة المسلم فيه بعد إحضاره. الثامنة الإخبار بفلس المحبوس لإطلاقه. التاسعة الإخبار بعيب المبيع. العاشرة الإخبار برؤية هلال رمضان. الحادية عشرة الإخبار بالموت. ثم اعلم أن هذا ليس بحاصر لأن ما كان من الديانات يقبل فيه قول الواحد العدل كطهارة الماء ونجاسته وحل الطعام وحرمته، ولا يختص برؤية هلال رمضان. وأيضاً يقبل قول العدل في عزل الوكيل وحجر المأذون وإخبار البكر بإنكاح وليها وإخبار الشفيع بالبيع والمسلم الذي لم يهاجر ونحوها كما قدمنا على قول أبي حنيفة من اشتراط أحد شطري الشهادة أما العدد أو العدالة إلا أن يقال إنهم إنما لم يذكروها معها لأن العدل ليس بشرط لجواز العمل به بمستورين والكلام فيما يشترط فيه العدالة حتى لا يقبل خبر مستورين في المواضع الأحد عشر. ثم اعلم أنه يستثنى من الاكتفاء بواحد في التقويم تقويم نصاب السرقة فلا بد فيه من اثنين كما في العناية.

قوله: **(وله أن يشهد بما سمع أو رأى في مثل البيع والإقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن لم يشهد عليه)** لأنه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الشرط. وقوله «كالبيع» مثال لهما فإنه إن عقداه بإيجاب وقبول كان من المسموع، وإن بالتعاطي فهو من المرئيات. واختلفوا هل يشهد بالبيع أو بالأخذ والإعطاء لكونه بيعاً حكمياً لا حقيقياً ذكره الشارح لكن مراد الثاني أنه يجوز كل منهما لا أنه يتعين الشهادة بالتعاطي لما في البزازية: وفي بيع التعاطي يشهدون بالأخذ والإعطاء ولو شهدوا بالبيع جاز ا هـ. ولا بد من بيان الثمن في الشهادة

المصر أكثر من يوم وله عليه دعوى لا يرسل القاضي خلفه حتى يقيم بينة بالحق الذي يدعيه ولا يشترط تعديلهما، ونقل عن محمد أنه اشترط تعديل هذين لما فيه من الإلزام على الغير، وكلما كان كذلك سبيله التعديل وإليه مال الحلواني وقال: إنه روي عن الإمام. وأما شاهد رد الطينة فهو ما لو ادعى على شخص ليس بحاضر معه بحق وذكر أنه امتنع من الحضور معه أعطاه القاضي طينة أو خاتماً وقال أره إياه وادعه إلي وأشهد عليه، فإن أزاه ذلك وقال لا أحضر وشهد عند القاضي بذلك مستوران لا يسأل عنهما. قالوا: وفيما نقل عن محمد إشارة إلى تعديلهما حيث قيد بما فيه إلزام على الغير. وقال الصدر الشهيد: إن عدم التعديل انظر للناس وبه نأخذ لخوف اختفاء الخصم مخافة العقوبة، فإذا شهدا كتب إلى الوالي في إحضاره، وأما شاهدا تعديل العلانية فلا تشترط تزكيتهما ظاهراً بعد سؤال القاضي عن الشهود المطلوب تعديلهم في السر بمن يثق به من أمنائه وأخبره بعد التهم، ولا بد من المغايرة بين شهود السر والعلانية، وإنما لم تشترط عدالتهم لأنها للاحتياط إجابة للمدعي إلى ما طلب اهـ. ملخصاً.

قوله: **(ولا بد من بيان الثمن في الشهادة على الشراء الخ)** سيذكر المسألة أيضاً في آخر باب

....

على الشراء لأن الحكم بالشراء بثمن مجهول لا يصح كما في شهادات البزازية. وفي الخلاصة: رجل حضر بيعاً ثم احتيج إلى الشهادة للمشتري ليشهد له بالملك بسبب الشراء ولا يشهد له بالملك المطلق قال: ورأيت في موضع آخر أنه يحل والأول أصح لأن الملك المطلق ملك من الأصل والملك بالشراء حادث ا هـ. وأشار بقوله «وإن لم يشهد عليه» إلى أنه لا يشترط أن يعلم المقر بالشاهد بالأولى فلو اختفى الشاهد وستر نفسه ويرى وجه المقر ويفهمه والمقر لا يعلمه وسعه أن يشهد، وهكذا يفعل بالظلمة كما في خزانة الأكمل. وأشار بقوله «بما سمع» إلى أنه لا بد من علم الشاهد بما يشهد به ولهذا قال في النوازل: سئل أبو القاسم عن رجل ادعى على ورثة ميت مالاً فأمر بإثبات ذلك فأحضر شاهدين فشهدا أن المتوفى قد أخذ من هذا المدعي منديلاً فيه دراهم ولم يعلما كم وزنها أتجوز شهادتهما؟ وهل يجوز للشاهدين أن يشهدا بذلك؟ قال: إن كان الشهود وقفوا على تلك الصرة وفهموا أنها دراهم وحرروها فيما يقع عليه تعيينهم من مقدارها شهدوا بذلك وينبغي أن يعتبرا جودتها فإنها قد تكون ستوقاً فإذا فعلوا ذلك جازت شهادتهم ا هـ. وفي خزانة الأكمل: رجل في يده درهمان كبير وصغير فأقر بأحدهما لرجل فشهدا أنه أقر بأحدهما لا ندري بأيهما أقر فإنه يؤمر بتسليم الصغير ا هـ. والإقرار يصح أيضاً أن يكون مثالاً لهما، أما كونه من المسموعات فظاهر، وأما كونه من المرئيات فبالكتاب لما في البزازية من كتاب الإقرار: كتب كتاباً فيه أقر بين يدي الشهود فهذا على أقسام: الأول أن يكتب ولا يقول شيئاً وأنه لا يكون إقراراً فلا تحل الشهادة بأنه إقرار. قال القاضي النسفي: إن كتب مصدراً مرسوماً وعلم الشاهد حل له الشهادة على إقراره كما لو أقر كذلك وإن لم يقل أشهد علي به. وعلى هذا إذا كتب للغائب على وجه الرسالة أما بعد فلك علي كذا يكون إقراراً لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر فيكون متكلماً، والعامة على خلافه لأن الكتابة قد تكون للتجربة. وفي حق الأخرس يشترط أن يكون معنوناً مصدراً وإن لم يكن إلى الغائب. الثاني كتب وقرأ عند الشهود لهم أن يشهدوا به وإن لم يقل اشهدوا علي. الثالث أن يقرأ هذا عندهم غيره فيقول الكاتب اشهدوا علي به. الرابع أن يكتب عندهم ويقول اشهدوا علي بما فيه إن علموا بما فيه كان إقراراً وإلا فلا.

وذكر القاضي: ادعى عليه مالاً فأخرج خطاً وقال إنه خط المدعى عليه بهذا المال فأنكر

الاختلاف في الشهادة عند قول المتن «ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف الخ» ويأتي بسط الكلام عليها هناك قوله: **(وأما كونه من المرئيات فبالكتابة الخ)** أي بناء على ما قاله النسفي وهو خلاف ما عليه العامة، نعم أفتى به الشيخ سراج الدين قارئ الهداية إذا كان على رسم الصكوك واعترف بأنه خطه أو شهدوا عليه به وقد شاهدوا كتابته وعرفوا ما كتبه أو قرأه عليهم. هذا حاصل

....

أن يكون خطه فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنهما خط كاتب واحد لا يحكم عليه بالمال في الصحيح لأنه لا يزيد على أن يقول هذا خطي وأنا حررته لكن ليس على هذا المال وثمة لا يجب كذا هنا إلا في تذاكر الباعة والصراف والسمسار ا هـ. ذكره أيضاً. وفيها أيضاً من أول الشهادات بأتم من هذا فلينظر. وقد أوضح ابن وهبان في شرحه مسألة خط السمسار والصراف فليراجعه من أرادها وسنذكرها إن شاء الله تعالى في محلها: والنكاح لا يكون إلا قولاً، وكذا لو ادعى التزوج فشهدا له بأنها زوجته تقبل كما في الخلاصة. والإجارة كالبيع وتنعقد بالقول وبالتعاطي، والوقف قول ولا يشترط في الشهادة به بيان الواقف على الصحيح على ما ذكره في وقف البزازية وشرطه لقبولها في كتاب الشهادات. ثم اعلم أنه إذا شهد بالبيع فإن كان المبيع في يد غير البائع فلا بد أن يشهد بملك البائع بخلاف ما إذا كان في يده، وأما الشهادة بالإجارة فلا يشترط أن يشهدوا بأن العين المؤجرة ملك المؤجر. والفرق أن إجارة الغاصب المغصوب صحيحة بلا إذن المالك ويستحق الأجرة؛ كذا في دعوى البزازية، وكذا في الشهادة بالشراء والقبض، وكذا الهبة مع القبض لا يحتاجان إلى الشهادة بالملك للبائع والواهب؛ كذا في الصغرى. والحاصل أنهم إذا شهدوا بالشراء لمدعيه فلا بد من الشهادة بملك المدعي أو البائع أو يد البائع أو أن البائع سلمها للمشتري، وفي الشهادة بالبيع لا بد من ذكر ملك البائع أو يده. وهذا إذا شهدوا بالبيع على غير البائع، فلو شهدوا به عليه لم يشترط شيء منهما كما في منية المفتي. ويشترط في الشهادة بالإقرار رؤية المقر لما في شهادات البزازية. وذكر الخصاف: رجل في بيت وحده ودخل عليه رجل ورآه ثم خرج وجلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع إقراره من الباب بلا رؤية وجهه حل له أن يشهد بما أقر. وفي العيون: رجل خبأ قوماً لرجل ثم سأله عن شيء فأقروهم يسمعون كلامه ويرونه وهو لا يراهم جازت شهادتهم وإن لم يروه وسمعوا كلامه لا تحل لهم الشهادة ا هـ. وفي الجامع الصغير: شرط رؤية وجه المرأة ورأيت الإمام خالي أمرها بكشف الوجه وأمرها بالخروج ويؤيده ما في العيون؛ كذا في الخلاصة. وفي جامع الفصولين: حسرت عن وجهها وقالت أنا فلانة بنت فلان بن فلان وهبت لزوجي مهري فلا يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان ما دامت حية إذ يمكن الشاهد أن يشير إليها، فإن ماتت فيحنئذ يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين بنسبها. وقال قبله: لو أخبر الشاهد عدلان أن هذه المقرة فلانة بنت فلان يكفي هذا للشهادة على الاسم والنسب عندهما وعليه الفتوى

ما أجاب به في موضعين من فتاواه قوله: **(إلا في تذاكر الباعة)** رأيت في هامش نسخة قوله «ياركار» باليا المثناة تحت والراء المهملة آخرها راء مركب معناه المذكر وهو هنا الدفتر.

قوله: **(وفي الجامع الصغير شرط رؤية وجه المرأة)** قال الرملي: وسيأتي المختار للفتوى في آخر

. . . .

ألا يرى أنهما لو شهدا عند القاضي يقضي بشهادتهما والقضاء فوق الشهادة فتجوز الشهادة بإخبارهما بالطريق الأولى، فإن عرفهما باسمهما ونسبهما عدلان ينبغي للعدلين أن يشهدا الفرع على شهادتهما فيشهد عند القاضي عليها بالاسم والنسب وبالحق أصالة ا هـ. وأما حكم الحاكم فيصح أن يكون من قبيل المسموع بأن كان بالقول، ويصح أن يكون من المرئيات إن كان فعلاً على ما قدمناه. وأما الغصب والقتل فلا يكونان إلا من المرئيات، ومن قصر البيع والإقرار والحكم على المرئيات فقد قصر والتحقيق ما أسمعتك. ولو قال المؤلف «ولو قال له لا تشهد علي» بدل قوله «وإن لم يشهد عليه» لكان أفود لما في الخلاصة: لو قال المقر لا تشهد علي بما سمعت تسعه الشهادة ا هـ. فيعلم حكم ما إذا سكت بالأولى وإذا سكت يشهد بما علم ولا يقول أشهدني لأنه كذب. وفي النوازل سئل محمد بن مقاتل عن شريكين يتحاسبان وعندهما قوم وقالا لا تشهدوا علينا بما تسمعونه منا ثم أقر أحدهما لصاحبه بشراء أو باع شيئاً فطلب المقر له بعد ذلك منهم الشهادة قال: ينبغي لهم أن يشهدوا بذلك وهو قول محمد بن سيرين. وأما الحسن البصري والحسن بن زياد فإنهما يقولان لا يشهدون به قال الفقيه. وروي عن أبي حنيفة أنه قال: ينبغي لهم أن يشهدوا وبه نأخذ ا هـ. ثم قال بعده قال الفقيه: إن كان يخاف على نفسه أنه إذا أقر بشيء صدق وادعى أن شريكه قبض لا يصدقه يقول للمتوسط اجعل كان هذا المال على غيري وأنا أعبر عنه ثم يقول قبض كذا وكذا فيبين الجميع من غير أن يضيف إلى نفسه كيلا يصير حجة عليه ا هـ. ثم اعلم أن المقر إذا قال للشاهد لا تشهد علي بما سمعته فله أن يشهد عليه إلا إذا قال له المدعي لا تشهد عليه؛ ذكره في حيل التاتارخانية من حيل المداينات معزياً إلى الخصاف حملاً على أنه مبطل في دعواه لكن نقل بعده الاختلاف فيما لو جاء المدعي بعد النهي وطلب من الشاهد الشهادة فليراجع.

شرح المقولة اهـ. قلت: ما سيأتي غير هذا كما سنبينه قوله: **(فإن عرفهما باسمهما ونسبهما عدلان)** هكذا في النسخ بضمير التثنية في الثلاثة والصواب حذفه، والضمير للمؤنثة كما في جامع الفصولين وفيه: ولا يجوز الاعتماد على إخبار المتعاقدين باسمهما ونسبهما لعلهما تسميا وانتسبا باسم غيرهما ونسبه يريدان أن يزورا على الشهود ليخرجا المبيع من يد مالكه، فلو اعتمد على قولهما نفذ تزويرهما وبطل أملاك الناس، وهذا فصل غفل عنه كثير من الناس فإنهم يسمعون لفظ الشراء والبيع والإقرار والتقابض من رجلين لا يعرفونهما، ثم إذا استشهدوا بعد موت صاحب البيع شهدوا على ذلك الاسم والنسب ولا علم لهم بذلك فيجب أن يحترز عن مثل ذلك. وطريق علم الشهود بالنسب أن يشهد عندهم جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند أبي حنيفة، وعندهما شهادة رجلين كافٍ كما في سائر الحقوق. أقول: يحصل للقاضي العلم بالنسب بشهادة عدلين فينبغي أن يحصل للشهود أيضاً بشهادة عدلين كما هو قولهما اهـ قوله: **(ولو قال المؤلف الخ)** ظاهره أن كلامه لا يشمل مسألة النهي

....

تنبيه: من الفتاوى الصغرى من كتاب القاضي إلى القاضي: إذا كتب الكاتب محضر امرأة وأراد أن يحليها فإنه ينبغي له أن يترك موضع تحليتها حتى يكون القاضي هو الذي يحليها ويكتب تحليتها في المحضر أو يملي حليتها على الكاتب لأن الكاتب وإن حلاها لا يستغني القاضي عن النظر في وجهها فيكون فيه نظر رجلين إليها، ولو حلاها القاضي كفي فيكون فيه نظر واحد وذلك أستر لها فكان أولى. وهل يشترط رؤية وجهها؟ ذكر الفقيه أبو الليث عن نصير بن يحيى قال: كنت عند أبي سليمان فدخل ابن محمد بن الحسن فسأله عن الشهادة على المرأة متى تجوز «إذا لم يعرفها قال: كان أبو حنيفة يقول لا تجوز حتى يشهد عنده جماعة أنها فلانة وهو المختار للفتوى وعليه الاعتماد لأنه أيسر على الناس ا هـ.

قوله: **(ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه)** لأنها لا تصير حجة إلا بالنقل إلى مجلس القاضي ولذا لا بد من عدالة الأصول فلا يملك غيره أن يجعل كلامه حجة بلا أمره فلا بد من التحميل، وأفاد أنه لو سمعه يشهد أخر على شهادته لا يسعه أن يشهد لأنه إنما حمل غيره. وفي فتح القدير: وهذا الإطلاق يقتضي أنه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة ا هـ. وفيه نظر لأنها لا تكون ملزمة إلا بالقضاء ولم يوجد. وترك المؤلف رحمه الله قيدين آخرين لجوازها على شهادة غيره: الأول أن

المذكورة مع أنه يشملها وسيأتي قريباً تقييد مسألة النهي بما إذا لم يكن من المدعي قوله: **(وهل يشترط رؤية وجهها الخ)** لم يذكر جواب الاستفهام وما ذكره بعده لا يصلح جواباً له، ولعل في العبارة سقطاً، وقد مر في هذه القولة عن الجامع الصغير اشتراطه. وعبارة الخلاصة: وهل يشترط رؤية وجهها؟ اختلف المشايخ فيه منهم من لم يشترط وإليه مال الإمام خواهر زاده. وفي النوازل قال: يشترط رؤية شخصها. وفي الجامع الصغير: يشترط رؤية وجهها إلى آخر ما قدمه. وتقدم عن جامع الفصولين: لو أخبر الشاهد عدلان أنها فلانة بنت فلان يكفي للشهادة على الاسم والنسب عندهما وعليه الفتوى. قال أبو السعود: فتحصل منه أن الفتوى على عدم اشتراط رؤية وجه المرأة اهـ.

تنبيه: لا يخفى أن هذا كله عند عدم معرفته لها، أما إذا عرفها فيشهد عليها بدون رؤية وجهها، ولكن هذا ظاهر إذا رأى وجهها ثم تنقبت فشهد على إقرارها مثلاً في حال تنقبها فهذا لا شك أنه لا يحتاج إلى تعريف من غيره إذ تعريف غيره حينئذ لا يزيد على معرفته، وأما إذا كانت متنقبة وكان يعرفها قبل فعرفها بصوتها وهيئتها ولم ير وجهها وقت التنقب أو الإقرار فهل يكفي ذلك؟ ظاهر إطلاقهم أنه لا يكفي ففي العمادية قالوا: لا يصح التحمل بدون رأية وجهها وبه يفتي شمس الإسلام الأوزجندي وظهير الدين المرغيناني اهـ. ولم يفصل بين ما إذا عرفها بصوتها أو لا. وفي البيري على الأشباه: لا يجوز أن يشهد على من سمعه من وراء حائط أو من فوق البيت وهو لا يراه وإن عرف كلامه لأن الكلام يشبه بعضه بعضاً كما في التتارخانية. وفي منية المفتي: أقرت من وراء حجاب لا يجوز أن يشهد على إقرارها إلا إذا رأى شخصها. ولم يشترط في النوادر رؤية وجهها

. . . .

يقبل التحميل فلو أشهده عليها فقال لا أقبل فإنه لا يصير شاهداً حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل كما في القنية، وينبغي أن يكون هذا على قول محمد من أنه توكيل وللوكيل أن لا يقبل، وأما على قولهما من أنه تحميل فلا يبطل بالرد لأن من حمل غيره شهادة لم تبطل بالرد. الثاني أن لا ينهاه الأصيل بعد التحميل عنها لما في الخلاصة معزياً إلى الجامع الكبير: لو حضر الأصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهي عند عامة المشايخ، وقال بعضهم لا يصح والأول أظهر ا هـ. وفي النوازل: النصراني إذا أشهد على شهادته ثم أسلم لم يجز أن يشهد على شهادته ا هـ. ويحتمل أن يكون مراده أنه أشهد نصرانياً مثله، ويحتمل أنه أشهد مسلماً والأول أظهر كما لا يخفى. وقيد بالشهادة عليها لأن الشهادة بقضاء القاضي صحيحة وإن لم يشهدهما القاضي عليه لكن ذكر في الخلاصة خلافاً بين أبي حنيفة وأبي يوسف فيما إذا سمعاه في غير مجلس القضاء فجوزه أبو حنيفة وهو الأقيس ومنعه أبو يوسف وهو الأحوط ا هـ. وجزم بالجواز في المعراج معللاً بأن القضاء حجة ملزمة ومن سمع الحجة حل له أن يشهد بها ا هـ. وفي شرح أدب القضاء للصدر من الباب الأربعين: ضاع سجل من ديوان القاضي فشهد كاتباه عنده أنه أمضى ذلك فإن القاضي يقبله، ولو ضاع إقرار رجل فشهد كاتباه عنده بأنه أقر عنده يقضي بشهادتهما، ولو ضاع محضر من ديوانه فيه شهادة شهود بحق لا يذكره القاضي فشهدا عنده أن الشهود شهدوا عنده بكذا لا يقبلها القاضي ولا ينفذه لأن الشهود لم يحملاهما ولا بد منه وتمامه فيه. ثم اعلم أن القضاء بشهادة الفروع عندهما وعند محمد بشهادة الكل؛ كذا في الخزانة. ولو قال المؤلف كما في الهداية ما لم يشهد عليها لكان أولى من قوله «عليه» لما في الخزانة: لو قال اشهد علي بكذا أو اشهد علي ما شهدت به كان باطلاً، ولا بد أن يقول اشهد على شهادتي إلى آخره.

اهـ. وانظر كلام الفتح فإنه يفيد ذلك أيضاً. قوله: **(كان أبو حنيفة إلى قوله وهو المختار)** قال الرملي: هنا حذف ولعله بعد قولها أنها فلانة وعندهما يكتفى بشهادة اثنين أنها فلانة. ثم راجعت النوازل فوجدتها كما أصلحتها ثم قال: وكان أبو يوسف وأبوك يقولان يجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة قوله: **(وفيه نظر لأنها لا تكون ملزمة لا بالقضاء)** أي لا تكون ملزمة للخصم، والظاهر أن مراد المحقق أنها ملزمة للقاضي الحكم بها إذ لا يجوز له تأخير الحكم بها إلا في مواضع تقدمت في القضاء، وما ذكر المحقق صرح به في النهاية كما ذكره في الدر المختار ثم قال: ويخالفه تصوير صدر الشريعة وغيره اهـ. وعبارة الصدر: سمع رجل أداء الشهادة عند القاضي لم يسع له أن يشهد على شهادته اهـ قوله: **(وترك المؤلف قيدين آخرين)** لا يخفى أنه ليس مراده هنا بيان أحكام الشهادة على الشهادة حتى يستوفي شروطها وإنما ذلك له باب مخصوص سيأتي، ومراده هنا إظهار الفرق بينها وبين غيرها من المسوغات والمرئيات في اشتراط الإشهاد وعدمه فتدبر.

يعمل شاهد وقاضٍ وراو بالخط إن لم يتذكروا ولا يشهد بما لم يعاينه إلا في النسب

قوله: **(ولا يعمل شاهد وقاض وراو بالخط إن لم يتذكروا)** أي لا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر، وكذا القاضي إذا وجد في ديوانه مكتوباً شهادة شهود ولا يتذكر، ولا للراوي أن يروي اعتماداً على ما في كتابه ما لم يتذكر وهو قول الإمام. وحذف مفعول يتذكر والإرادة التعميم فلا بد عنده للشاهد من تذكر الحادثة والتاريخ والمال مبلغه وصفته حتى إذا لم يتذكر شيئاً منه وتيقن أنه خطه وخاتمه لا ينبغي له أن يشهد، وإن شهد فهو شاهد زور؛ كذا في الخلاصة. ولا يكفي تذكر مجلس الشهادة. وفي الملتقط: وعلى الشاهد أن يشهد وإن لم يعرف مكان الشهادة ووقتها ا هـ. وجوز محمد للكل الاعتماد على الكتاب إذا تيقن أنه خطه وإن لم يتذكر توسعة للأمر على الناس، وجوزه أبو يوسف للراوي والقاضي دون الشاهد. وفي الخلاصة أن أبا حنيفة ضيق في الكل حتى قلت روايته الإخبار مع كثرة سماعه فإنه روى أنه سمع من ألف ومائتي رجل غير أنه يشترط الحفظ من وقت السماع إلى وقت الرواية ا هـ. ومحل الخلاف في القاضي إذا وجد قضاءه مكتوباً عنده وأجمعوا أن القاضي لا يعمل بما يجده في ديوان قاض آخر وإن كان مختوماً؛ كذا في الخلاصة. وقال شمس الأئمة الحلواني: ينبغي أن يفتى بقول محمد. وهكذا في الأجناس كذا في الخلاصة. وجزم في البزازية بأنه يفتى بقول محمد. وفي المبتغى بالغين المعجمة: من وجد خطه وعرفه ونسي الشهادة وسعه أن يشهد إذا كان في حوزه وبه نأخذ ا هـ. وعزاه في البزازية إلى النوازل. وأشار بقوله «ولا يعمل» إلى أن الشاهد إذا كتب شهادته في نسخة وقرأها لأجل الضبط فإنه يقبل لأنه لم يعتمد على خطه، وقد عقد في السراجية لها باباً فقال باب الشهادة من النسخة إلى آخر ما فيها. ويتفرع على الاختلاف السابق مسائل حاصلها أيجوز الاعتماد على غير الحفظ من إخبار مخبر بقضاء أو شهادة أو رواية أم لا: الأولى لو نسي القاضي قضاءه ولم يكن له سجل فشهدا عنده أنه قضى بكذا. الثانية أخبره قوم يثق بهم أنه كان شاهداً. الثالثة سمع حديثاً من غيره ثم نسي راوي الأصل فسمعه ممن روى عنه. ثم اعلم أن الشاهد إذا اعتمد على خطه على القول المفتى به وشهد وقلنا بقبوله فللقاضي أن يسأله هل يشهد عن علم أم عن الخط؛ إن قال عن علم قبله، وإن قال عن الخط لا كما في البزازية. وفي المعراج: وعلى الاختلاف لو سمع من غيره حديثاً ثم نسي الأصل الرواية فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يعمل به، وعند محمد يعمل به. وعلى هذا المسائل التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد في الرواية في الجامع الصغير وهي ثلاث سمعها محمد من أبي يوسف ثم نسي أبو يوسف الرواية فكان لا يعتمد على رواية محمد وهو لا يدع الرواية ا هـ. وهي ست لا ثلاث كما نقلناها مبينة في شرحنا على المنار، وتعقبهم في فتح القدير هنا وفي كتاب الصلاة بأن الحكاية التي جرت بين الشيخين تفيد أنه من باب تكذيب الأصل الفرع ولا خلاف عندهم

والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف فله أن يشهد بها إذا أخبره بها

في بطلان الرواية لا أنه من باب النسيان فاعتماد المشايخ على قول محمد مشكل.

قوله: (**ولا يشهد بما لم يعاينه إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به**) استحساناً دفعاً للحرج وتعطيل الأحكام إذ لا يحضرها إلا الخواص. والمراد لا يحل له أن يشهد بشيء لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا في كذا، أما النسب فمن نسبته إلى أبيه نسباً من باب طلب عزوته إليه وانتسب إليه اعتزى ثم استعمل النسب وهو المصدر في مطلق الوصلة بالقرابة فيقال بينهما نسب أي قرابة، وسواء جاز بينهما التناكح أم لا وجمعه أنساب وتمامه في المصباح. وأما ما يتعلق به من الأحكام هنا فأفاد أنه تجوز الشهادة فيه بالتسامع. وفي البزازية من الدعوى العاشر في النسب: وفي دعوى العمومة لا بد أن يفسر أنه عمه لأمة أو لأبيه أو لهما، ويشترط أيضاً أن يقول هو وارثه لا وارث له غيره، فإن برهن على ذلك أو على أنه أخو الميت لأبويه لا يعلمون أن له وارثاً غيره يحكم له بالمال. ولا يشترط ذكر الأسماء في الأقضية إلى أن قال: ادعى على آخر أنه أخوه لأبيه ادعى إرثاً أو نفقة وبرهن تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضاً حتى لو حضر الأب وأنكر لا يقبل ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأنه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب، وإن لم يدع مالاً بل ادعى الأخوة المجردة لا تقبل لأن هذا في الحقيقة إثبات البنوة على الأب المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لا الأخ. وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه أو أبو أبيه والابن والأب غائب أو ميت لا يصح ما لم يدع مالاً، فإن ادعى مالاً فالحكم على الحاضر والغائب جميعاً بخلاف ما إذا ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه أو على امرأة أنها زوجته أو ادعت عليه أنه زوجها أو ادعى العبد على عربي أنه مولاه عتاقة أو ادعى عربي على أخر أنه معتقة أو ادعت على رجل أنها أمته أو كان الدعوى في ولاء الموالاة وأنكر المدعى عليه فبرهن المدعي على ما قال يقبل، ادعى به حقاً أو لا، بخلاف دعوى الأخوة لأنه دعوى الغير ألا ترى أنه لو أقر أنه أبوه أو ابنه أو زوجه أو زوجته صح أو بأنه أخوه لا لكونه حمل النسب على الغير وتمامه فيها. وحاصل ما ينفعنا هنا أن الشهود إذا شهدوا بنسب فإن القاضي لا يقبلهم ولا يحكم به إلا بعد دعوى مال إلا في الأب والابن.

قوله: (**ولا يشترط ذكر الأسماء في الأقضية**) قال الرملي: وفي آخر الفصل الثاني من جامع الفصولين في دعوى الحكم بلا تسمية القاضي بعد كلام قدمه قال: فالحاصل أنه في دعوى الفعل والشهادة على الفعل هل تشترط تسمية الفاعل؟ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله وأدلة الكتب فيها متعارضة، ثم ذكر مسائل وقال: وهذه المسائل كلها تدل على أن تسمية الفاعل ليست بشرط لصحة الدعوى والشهادة فتأمل عند الفتوى.

قوله: (**وحاصل ما ينفعنا هنا الخ**) الأنفع ما في شرح الوهبانية عن العمادية من قوله حتى لو

. . . .

وقيد في المحيط معزياً إلى الإمام محمد في المبسوط قبولها في النسب بقيد حسن فليراجع من نسخة صحيحة. وأما الموت ففي البزازية: والموت كالقتل ولعله والقتل كالموت كما في الخلاصة وخزانة المفتين، وظاهره أن الشهادة على القتل بالتسامع جائزة وهو بإطلاقه مشكل لترتب القصاص عليها وفيها شبهة فلا يثبت بها ما يندرئ بالشبهة، ولم أر من أوضحه إلى الآن وقد ظهر لي أن التشبيه إنما هو في خاص وهو جواز اعتداد المرأة إذا أخبرت بقتله كموته للتزوج وإن كان السياق يخالفه، وكذا تعارض الخبرين عندنا بقتله وحياته. وأشار المؤلف إلى أن المرأة تعمل بالسماع بالأولى لما في البزازية: قال رجل لامرأة سمعت أن زوجك مات لها أن تتزوّج إن كان المخبر عدلاً اهـ. ومسائل تعارض الخبرين بموته وحياته فيها هنا، وظاهر إطلاقه في الموت أنه لا فرق بين كون الميت مشهوراً أو لا. وقيده في المعراج معزياً إلى فتاوى رشيد الدين بأن يكون عالماً أو من العمال، أما إذا كان تاجراً أو مثله فإنه لا تجوز إلا بالمعاينة اهـ.

سمع من الناس أن هذا فلان بن فلان الفلاني وسعه أن يشهد به، وإن لم يعاين الولادة على فراشه وطريقة معرفته أن يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند الإمام، وعندهما إذا أخبره بذلك عدلان يكفي وذكر أن الفتوى على قولهما اهـ. وفي التتارخانية عن المحيط: وإذا قدم عليه رجل من بلد آخر وانتسب إليه وأقام معه دهراً لم يسعه أن يشهد على نسبه حتى يشهد له رجلان من أهل بلده عدلان أو يكون النسب مشهوراً. وذكر الخصاف هذه المسألة وشرط لجواز الشهادة شرطين أن يشتهر الخبر، والثاني أن يمكث فيهم سنة فإنه قال: لا يسعهم أن يشهدوا على نسبه حتى يقع معرفة ذلك في قلوبهم، وذلك بأن يقيم معهم سنة، وإن وقع في قلبه معرفة ذلك قبل مضي السنة لا يجوز أن يشهد، وروي عن أبي يوسف أنه قدر ذلك بستة أشهر، والصحيح أنه إذا سمع من أهل بلده من رجلين عدلين حل له أداء الشهادة وإلا فلا. أما إذا سمع ذلك ممن سمع من المدعي لا يحل له أن يشهد وإن اشتهر ذلك فيما بين الناس لكنه إن شهد عنده جماعة حتى يقع الشهرة حقيقة وعرفاً ووقع عنده أنه ثابت النسب من فلان أو شهد عنده عدلان حتى ثبت الاشتهار شرعاً حل له أن يشهد قوله: **(ولا يحكم به إلا بعد دعوى مال)** قال الرملي: لا يخفى أن دعوى الاستحقاق في الوقف من هذا القبيل لأنه دعوى مال ومثله الوصية ونحوها تأمل قوله: **(لما في البزازية قال رجل لامرأة الخ)** قال في جامع الفصولين من الفصل الثاني عشر: لو أخبرها عدل أن زوجها مات أو طلقها ثلاثاً فلها التزوج. ولو أخبرها فاسق تحرت وفي إخبار العدل بموته إنما يعتمد على خبره لو قال عاينته ميتاً أو شهد جنازته لا لو قال أخبرني مخبر به ويأتي تمامه اهـ قوله: **(ومسائل تعارض الخبر بموته وحياته فيها)** أي في البزازية حيث قال: ولو أخبر واحد بموت الغائب واثنان بحياته أن كان المخبر عاين الموت أو شهد جنازته وعدل لها أن تتزوّج. هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا وكان تاريخ الموت آخراً، وإن كان تاريخ الحياة آخراً فشاهد الحياة أولى. وفي وصايا عصام: شهدا بأن زوجها فلاناً مات أو قتل وآخر على الحياة فالموت أولى. قوله: **(فإنه لا تجوز إلا بالمعاينة)** قال بعده في شرح

....

وقيد بأصل الوقف احترازاً عن شرائطه فإنه لا تقبل فيها بالتسامع. وفي البزازية: وفي الوقف الصحيح أنها تقبل بالتسامع على أصله لا على شرائطه لأنه يبقى على الأعصار لا شرائطه، وكل ما تعلق به صحة الوقف وتتوقف عليه فهو من أصله، وما لا تتوقف عليه الصحة فهو من الشرائط. ونص الفضلي على أنه لا يصح في الوقف الشهادة بالتسامع، واختار السرخسي جوازه على أصله لا على شرائطه بأن يقول إنه وقف على المسجد هذا أو المقبرة هذه أما إذا لم يذكرا ذلك لا تقبل ا هـ. والمراد من الشرائط أن يقولوا إن قدراً من الغلة لكذا ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة فلو ذكر هذا لا تقبل ا هـ. وفي الفصول العمادية من العاشر: المختار أن لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف ا هـ. وفي الخانية في أواخر فصل دعوى الوقف من كتاب الوقف ما يوافق هذا، وكذا في الإسعاف. وفي المجتبى: المختار أن تقبل على شرائط الوقف ا هـ. واعتمده في المعراج وقواه في فتح القدير بقوله: وأنت إذا عرفت قولهم في الأوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف أنه يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع ا هـ. وجوابه أنه إنما عمل فيها بذلك عند الضرورة والمدعي أعم ثم قال أي في فتح القدير: وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا ا هـ. ومسألة الشهادة بالوقف أصلاً وشروطاً لم تذكر في

الوهبانية لابن الشحنة: هكذا ذكر رشيد الدين ولا تظفر بهذه الرواية في شيء من الكتب في غير فتاواه اهـ. ومثله في جامع الفصولين تأمل.

قوله: **(وكذا في الإسعاف)** قال الرملي: وقع في عبارة الإسعاف ما لفظه: وأما الشهادة على شرائطه وجهاته فذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه لا تجوز الشهادة على الشرائط والجهات بالتسامع، وهكذا قاله الشيخ الإمام الأستاذ ظهر الدين رحمه الله اهـ. أقول: والمراد بقوله «وجهاته» أي بعد استقرار الوقف على جهة لو حصل التنازع فيها بمجردها لا تقبل بالسماع فافهم والله تعالى أعلم. ثم بعد مدة رأيت في خلال المطالعة في فتاوى شيخنا قال بعد نقله صحة الشهادة على الجهة بالسماع وأنها من باب الشهادة على الأصل: لكن وقع في الإسعاف عبارة تنافي هذا ظاهراً حيث قال: لا تجوز الشهادة على الشرائط والجهات. ومثله في قاضيخان في أواخر فصل في دعوى الوقف إلا أن يحمل قولهما «والجهات» على أن المراد بها قولهم إن قدراً من الغلة لكذا ثم يصرف الفاضل لكذا ويكون ذلك بعد بيان الجهة اهـ. فقوله «ويكون ذلك بعد بيان الجهة» هو عين ما قلته والله تعالى هو الموفق فتأمل قوله: **(وجوابه أنه إنما عمل فيها بذلك عند الضرورة)** أي ضرورة انقطاع الثبوت بموت الشهود والمدعي أعم لكن لا يخفى أنه عند حياة الشهود على شرائط الوقف لا حاجة إلى الشهادة بالتسامع وإنما يحتاج إليها عند موتهم فكان فيه ضرورة قوله: **(وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه الخ)** قال الرملي قال في صدر الشريعة: والمراد بأصل الوقف أن هذه الصيغة وقف على

. . . .

ظاهر الرواية وإنما قاسها المشايخ على الموت كما في الخلاصة والتقييد بما ذكر من الأشياء الستة يدل على عدم قبولها به في غيرها من الولاء والعتق. واختلف الفحلان في نقل الاختلاف في العتق فنقل الإمام السرخسي عدم قبولها فيه إجماعاً.، ونقل أستاذه الإمام الحلواني أنه على الاختلاف المنقول في الولاء، فعن أبي يوسف الجواز فيهما ومن ذلك المهر فظاهر التقييد أنه لا تقبل فيه به، ولكن في البزازية والظهيرية والخزانة أن فيه روايتين والأصح الجواز ا هـ. ووجهه أنه من توابع النكاح فكان كأصله. وذكر في الخلاصة خلافاً في الدخول ففي فوائد أستاذنا ظهير الدين لا يجوز لهم أن يشهدوا على الدخول بالمنكوحة بالتسامع ولو أراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة ا هـ. وظاهر ما في المعراج أن الأمير كالقاضي فيزاد الأمرة، وكذا في خزانة المفتين. ثم اعلم أن الخصاف شرط للقبول عند أبي يوسف في العتق أن يكون مشهوراً وللمعتق أبوان أو ثلاثة في الإسلام ولم يشترطه محمد في المبسوط؛ كذا في المعراج. وقوله «إذا أخبره» يدل على أن لفظة الشهادة ليست بشرط في الكل، أما الذي يشهد عند القاضي فلا بد له من لفظها. وشرط في العناية لفظ الشهادة على ما قالوا؛ كذا في الخلاصة.

وأشار المؤلف رحمه الله تعالى بقوله «من يثق به» إلى عدم اشتراط عدد وذكورة في المخبر ولكن في الخلاصة في النكاح والنسب: لا بد أن يخبره عدلان بخلاف الموت قال:

كذا فبيان المصرف داخل من أصل الوقف، أما الشرائط فلا تحل فيها الشهادة بالتسامع اهـ. وهو معنى قوله في فتح القدير «وليس في معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه» قوله: **(وظاهر ما في المعراج أن الأمير كالقاضي)** صرح به في البزازية حيث قال: وكذا يجوز الشهادة على أنه قاضي بلد كذا أو والي بلد كذا وإن لم يعاين التقليد والمنشور اهـ. وصرح به في الخلاصة أيضاً قوله: **(وقوله)** أي المصنف قوله: **(وشرط في العناية لفظ الشهادة على ما قالوا)** كذا في الخلاصة، والظاهر أن فيه سقطاً أو تحريفاً وعبارة الخلاصة: ولا يشترط أن يتلفظ المخبر بالموت بلفظ الشهادة عند من يشهد، أما الذي يشهد عند القاضي يتلفظ بلفظ الشهادة، وأما الفصول الثلاثة التي يشترط فيها شهادة العدلين ينبغي أن يشهدا عنده بلفظ الشهادة. قال أستاذنا ظهير الدين في الأقضية: وهذا اختيار الصدر الإمام الشهيد برهان الأئمة. وفي مختصر القدوري: إنما تجوز الشهادة بالتسامع إذا أخبره من يثق به فهذا يدل على أن لفظ الشهادة ليس بشرط اهـ. وفي شرح ابن الشحنة: والجواب في القضاء والنكاح نظير الجواب في النسب فقد فرقوا جميعاً بين الموت والأشياء الثلاثة فاكتفوا بخبر الواحد في الموت دونها، والفرق أن الموت قد يتفق في موضع لا يكون فيه إلا واحد بخلاف الثلاثة لأن الغالب كونها بين جماعة، ومن المشايخ من لم يفرق وتمامه فيه. وفي جامع الفصولين: والصحيح أن الموت كنكاح وغيره لا يكتفى فيه بشهادة الواحد، ومن المشايخ من قال: لا فرق بين الموت والثلاثة، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضوع مسألة الموت أنه أخبره واحد عدل ولم يذكر العدل في

....

وفي الموت مسألة عجيبة هي إذا لم يعاين الموت إلا واحد ولو شهد عند القاضي لا يقضى بشهادته وحده ماذا يصنع؟ قالوا: يخبر بذلك عدلاً مثله وإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد فيقضى بشهادتهما ا هـ. وظاهر ما في السراج أنه لا بد من خبر عدلين في الكل إلا في الموت، وصحح عن الظهيرية أن الموت كغيره. وفي فتح القدير: المختار الاكتفاء بالواحد في الموت، والعدالة إنما تشترط في المخبر في غير المتواتر أما في المتواتر فلا تشترط العدالة ولا لفظ الشهادة كما في الخلاصة. وظاهر كلام المؤلف الاقتصار على الإخبار وهو قصور. قال في الخلاصة: إذا شهد تعريسه وزفافه أو أخبره بذلك عدلان حل له أن يشهد أنها امرأته. وذكر الشارح أنه إذا رأى رجلاً يدخل على امرأته وينبسطان انبساط الأزواج وسمع من الناس أنها زوجته جاز له أن يشهد به وإن لم يعاين النكاح، وكذا إذا رأى شخصاً جالساً مجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له أن يشهد على أنه قاض ا هـ. فظاهر الهداية الاكتفاء بما ذكر وَذكر غيره أنه لا بد من الإخبار، وفي فتح القدير وهو الحق. وفي المحيط: ولو جاء خبر موت إنسان فصنعوا ما يصنع على الميت لم يسعك أن تخبر بموته حتى يخبرك ثقة أنه عاين موته لأن المصائب قد تتقدم على الموت إما خطأ أو غلطاً أو حيلة لقسمة المال ا هـ. وفي القنية: نكاح حضره رجلان ثم أخبر أحدهما جماعة أن فلاناً تزوّج فلانة بإذن وليها ثم الآن يجحد هذا التسامع يجوز للسامعين أن يشهدوا على ذلك ا هـ. ثم اعلم أن القضاء بالنسب مما لا يقبل النقض لكونه على الكافة كالنكاح والحرية والولاء كما في الصغرى، وكذا كتبنا في الفوائد أن القضاء على الكافة في هذه الأربعة لكن يستثنى من النسب ما في المحيط من باب الشهادة بالتسامع: شهدا أن فلان بن فلان مات وهذا ابن أخيه ووارثه قضى بالنسب والإرث، ثم أقام آخر البينة أنه ابن الميت ووارثه ينقض الأوّل ويقضى للثاني لأن الابن مقدم على ابن الأخ، ولا تنافي بين الأوّل والثاني لجواز أن يكون له ابن وابن أخ فينقض القضاء في حق الميراث لا في حق النسب حتى يبقى الأوّل ابن عم له حتى يرث منه إذا مات ولم يترك وارثاً آخر أقرب منه، فإنه أقام آخر البينة أن الميت الأوّل فلان بن فلان ونسبه إلى أب أخر غير الأب الذي نسبه إلى الأوّل فإنه ينظر؛ إن ادعى ابن أخيه لا ينقض القضاء الأوّل لأنه لما أثبت نفسه من الأوّل خرج عن أن

الثلاثة، فلو كان المخبر في الثلاثة عدلاً أيضاً حل لهم أن يشهدوا ثم في الثلاثة إذا ثبت الشهرة عندهما بخبر عدلين يجب الإخبار بلفظ الشهادة، وفي الموت لما ثبت بخبر الواحد بالإجماع لا يجب بل يكتفى بمجرد الإخبار.

قوله: **(فينقض القضاء في حق الميراث لا في حق النسب)** هذا مناف لقوله «لكن يستثنى من النسب الخ».

من يثق به ومن في يده شيء سوى الرقيق لك أن تشهد أنه له وإن فسر للقاضي أنه

يكون محلاً لإثباته في إنسان آخر وليس في البينة الثانية زيادة إثبات إلى آخر ما ذكره. والمراد بقوله «من يثق به» غير الخصم إذ لو أخبره رجل أنه فلان بن فلان لا يسعه أن يعتمد على خبره ويشهد بنفسه لأنه لو جاز له ذلك لجاز للقاضي القضاء بقوله؛ كذا في خزانة المفتين. وشرط فيها للقبول في النسب أن يخبره عدلان من غير استشهاد الرجل فإن أقام الرجل شاهدين عنده على نسبه لا يسعه أن يشهد، وإذا كان الرجل غريباً لا يسعه أن يشهد بنسبه حتى يلقى من أهل بلده رجلين عدلين فيشهد أن عنده على نسبه. قال الجصاص: وهو الصحيح اهـ.

قوله: **(ومن في يده شيء سوى الرقيق لك أن تشهد أنه له)** لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفى بها. وعن أبي يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له قالوا ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد في الرواية. قال في فتح القدير قال الصدر الشهيد: وبه نأخذ فهو قولهم جميعاً اهـ. فلو رأى درة في يد كناس أو كتاباً في يد جاهل لا يشهد بالملك له بمجرد يده؛ كذا في البزازية. ومن مشايخنا من قال إنها دليل الملك مع التصرف لكونها متنوعة إلى أمانة وملك قلنا: والتصرف يتنوع أيضاً إلى أصالة ونيابة، وظاهر كلام المؤلف أنه عاين المالك والملك فإذا رآه في يد آخر فجاء الأوّل وادعى الملك وسعه أن يشهد أنه له بناء على يده قالوا: وكذا إذا عاين المالك بحدوده دون الملك استحساناً لأن النسب يثبت بالتسامع له. وفرع على هذا الناصحي بأن المالك لو كان امرأة لا تخرج ولا يراها الرجال، فإن كان الملك مشهوراً أنه لها جاز أن يشهد عليه لأن شهرة الاسم كالمعاينة اهـ. وأورد عليه لزوم الشهادة بالمال بالتسامع، وأجيب بأنه في ضمن الشهادة بالنسب كما في النهاية، وتعقبه في فتح القدير بأن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به، وكذا المقصود ليس إثبات النسب بل الملك في الضيعة اهـ. وخرج مسألتان: إحداهما أن لا يعاينهما وإنما سمع أن لفلان كذا. الثانية أن يعاين المالك لا الملك فلا يحل له أن يشهد لكونه مجازفاً في الأولى وفي الثانية لم يحصل له العلم بالمحدود. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أن من رأى شيئاً في يد إنسان ولم يره قبل ذلك في يد غيره فإن له أن يشتريه منه، فإن كان رآه قبله في يد غيره فإن أخبره بانتقال الملك إليه أو بالوكالة منه حل الشراء وإلا فلا. وكذا لو رأى جارية في يد إنسان ثم رآها في بلد أخرى وقالت أنا حرة الأصل لا يحل له أن ينكحها وسيأتي تمامه في الكراهية. واستثنى المصنف الرقيق أي العبد والأمة وهو مقيد بما إذا كانا كبيرين لأن لهما يداً على

قوله: **(لا يحل له أن ينكحها)** لعله مبني على الرواية الآتية قريباً عن أبي حنيفة تأمل قوله: **(أن**

يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل.

أنفسهما تدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك، وعن أبي حنيفة أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضاً اعتباراً بالثياب، والفرق ما بيناه. وإن كانا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما كالمتاع لا يد لهما فله أن يشهد بالملك لذوي اليد، وعلى هذا فالمراد بالكبير في كلامهم هنا من يعبر عن نفسه، سواء كان بالغاً أو لا كما في النهاية. ثم اعلم أنه إنما يشهد بالملك لذي اليد بشرط أن لا يخبره عدلان بأنه لغيره فلو أخبراه لم تجز له الشهادة بالملك له كما في الخلاصة وقدمناه. وأشار المؤلف إلى أن القاضي لو رأى عيناً في يد رجل فإنه يجوز له القضاء بالملك له كما في الخلاصة والبزازية، وبه ظهر أن قول الشارح في تقرير أن الشاهد إذا فسر للقاضي أنه يشهد عن سماع أو معاينة يد لم يقبله أن القاضي لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه في يد إنسان سهو إلا أن يحمل ما قالوا لو رأى شيئاً في يد إنسان ثم رآه في يد غيره فإنه لا ينتزعه منه من غيره أن يدعيه الأوّل، فما في الفتاوى فيما إذا ادعاه المالك وما في الشرح فيما إذا لم يدعه.

قوله: **(وإن فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل)** وهذا هو الصحيح كما ذكره مسكين في شرحه لكنه استثنى الموت والموقف فتقبل، ولو فسر للقاضي أنه أخبره من يثق به واستثنى العمادي في الفصول الوقف فلو شهدا به وقالا نشهد بالتسامع

القاضي الخ) مقول القول قوله: **(سهو إلا أن يحمل الخ)** رده العلامة المقدسي بأنه لا سهو في كلام الزيلعي، ومراده أن القاضي لا يقضي قضاء محكماً مبرماً بحيث لو ادعى الخصم لا يقبل منه بدليل ما صرح به قبيل هذا في أول القولة بأنه يقضي به قضاء ترك بمعنى أنه يترك في يد ذي اليد ما دام خصمه لا حجة له؛ حموي. وأقول: لا حاجة إلى تكلف إبداء وجه التوفيق ودفع المعارضة لأن المسألة مختلف فيها، فما في الزيلعي يبتنى على قول المتأخرين من أن القاضي ليس له أن يقضي بعلمه وهو المفتى به، وما في الخلاصة والبزازية يبتنى على مقابلة؛ أبو السعود، وفي الحواشي السعدية: ولا يتوهم المخالفة بين ما ذكر الزيلعي وما في النهاية فإن ما في شرح الكنز هو ما إذا رأى القاضي قبل حال القضاء ثم رأى حال قضائه في يد غيره كما لا يخفى اهـ. قول المصنف: **(وإن فسر للقاضي الخ)** بقي في كلام المصنف مسألة من المتن لم يذكرها المؤلف وهي قوله بعد هذه المسألة: ومن شهد أنه حضر دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبل قال الشارح الزيلعي: لأنه لم يشهد إلا بما علم فوجب قبولها لدخوله تحت قوله تعالى ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ [الزخرف: ٨٦] وقال تعالى ﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ [يوسف: ٨١] قوله: **(واستثنى العمادي في الفصول الوقف الخ)** أفتى العلامة ملاعلي التركماني بعدم القبول مستنداً إلى إطلاق عبارة الكنز والزيلعي والعيني والوقاية والنقاية والمختار والاختيار ثم قال: وفي الخيرية من الشهادة والشهادة على الوقف بالسماع أن يقول الشاهد أشهد به لأني سمعت من الناس أو بسبب أني سمعت من الناس

....

تقبل لأن الشاهد ربما يكون عمره عشرين سنة وتاريخ الوقف مائة سنة فيتيقن القاضي أنه يشهد بالتسامع فالإفصاح كالسكوت؛ إليه أشار ظهير الدين المرغيناني. وفي الخلاصة: لو شهدا عند القاضي أن فلاناً مات وقالا أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما وهو الأصح، والخصاف أيضاً جوز ذلك وفيه اختلاف المشايخ ا هـ. ومعنى التفسير للقاضي أنه شهد بالتسامع أن يقولا شهدنا لأنا سمعنا من الناس، أما إذا قالا لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا جازت؛ كذا في الخلاصة والبزازية. وفي الينابيع: تفسيره أن يقول في النكاح لم أحضر العقد وفي غيره أخبرني من أثق به أو سمعت ونحوه. وفي المحيط معزياً إلى المنتقى: إذا شهدوا أنه مات على هذه الدابة فهي ميراث، ولو شهدوا أن أبا هذا المدعي مات وهذه الدار كانت له يوم مات أو شهر مات أو سنة مات فهو جائز له، ولو رآه على حمار يوماً لم يشهد أنه له لاحتمال أنه ركبه بالعارية، ولو رآه على حمار خمسين يوماً أو أكثر ووقع في قلبه أنه له وسعه أن يشهد أنه له لأن الظاهر أن الإنسان لا يركب دابة مدة كثيرة إلا بالملك ا هـ. وفي البزازية: عاين الشاهد دابة تتبع دابة وترضع له أن يشهد بالملك والنتاج. شهدا أن فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثاً ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لأنهما شهدا بملك لم يعاينا سببه ولا رأياه في يد المدعي ا هـ. والله أعلم.

ونحوه وفيه خلاف، فالمتون قاطبة قد أطلقت القول بأن الشاهد إذا فسر أنه يشهد بالسماع لا تقبل وبه صرح قاضيخان وكثير من علمائنا. وعبارة قاضيخان: ولو قالوا شهدنا بذلك لأنا سمعنا من الناس لا تقبل شهادتهم اهـ. قلت: وعبارة الخانية: إذا شهد الشهود بما تجوز به الشهادة بالسماع وقالوا شهدنا بذلك لأنا سمعنا من الناس لا تقبل شهادتهم انتهت. ثم نقل نحوه عن فتاوى شيخ الإسلام علي أفندي التركية وعربها ثم قال: فتحرر من النقول المعتبرة أن الشاهد في أصل الوقف إذا فسر إنه يشهد بالتسامع لا تقبل شهادته كما هو صريح المتون المتقدمة التي تمشي غالباً على ظاهر الرواية، وبه صرح كثير من أصحابنا كما تقدم نقله عن الخيرية. وما في التنوير تبعاً للدرر مستنداً في الدرر لما في العمادية وفي التنوير إلى الخلاصة قائلاً: وهو الأصح. فذاك قول مخالف لما عليه المتون وكثير من أصحابنا على أنا نقابل ما في العمادية والخلاصة بما في الخانية من عدم قبوله لأن قاضيخان فقيه النفس كما صرح به في البحر من باب العيب وأنه يقتصر على الأشهر فكان المعتمد، وصرحوا بأن قاضيخان من أجل من يعتمد على تصحيحاته ويكفينا أنه ظاهر الرواية، وليس هذا في الوقف خاصة بل في جميع المواضع التي يجوز للشاهد الشهادة فيها بالتسامع، وأنت على علم بأن ما في المتون والشروح مقدم على ما في الفتاوى، وإنما أكثرت النقل في المسألة للاختلاف فيها لمحرره علي بن محمد التركماني غفر الله لهما وللمؤمنين اهـ. ذكره في مجموعته الفقهية الكبرى ومن خطه نقلت

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

ولا تقبل شهادة الأعمى والمملوك والصبي إلا أن يتحملا في الرق والصغر واديا

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

يقال قبلت القول إذا حملته على الصدق؛ كذا في المصباح. والمراد من يجب قبول شهادته على القاضي ومن لا يجب لا من يصح قبولها ومن لا يصح لأن من جملة ما ذكره ممن لا يقبل الفاسق وهو لو قضى بشهادته صح بخلاف العبد والصبي والزوجة والولد والأصل لكن في خزانة المفتين: إذا قضى بشهادة الأعمى أو المحدود في القذف إذا تاب أو بشهادة أحد الزوجين مع آخر لصاحبه أو بشهادة الولد لوالده أو عكسه نفذ حتى لا يجوز للثاني إبطاله وإن رأى بطلانه ا هـ. فالمراد من عدم القبول عدم حله وذكر في منية المفتي اختلافاً في النفاذ بشهادة المحدود بعد التوبة قوله: **(ولا تقبل شهادة الأعمى)** لأن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود، والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص. أطلقه فشمل الأعمى وقت الشهادة قبل التحمل أو بعده وما إذا عمي بعد الأداء قبل القضاء لأن المراد بعدم قبولها عدم القضاء بها لأن قيام أهليتها شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده، وصار كما إذا خرس أو جن أو فسق بخلاف موت الشاهد وغيبته لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت؛ كذا في الهداية. وشمل ما كان طريقه السماع خلافاً لأبي يوسف

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قوله: **(لكن الخ)** أقول: لعل ما في الخزانة محمول على ما إذا كان القاضي يرى ذلك بقرينة قوله «حتى لا يجوز للثاني الخ» تأمل قوله: **(وذكر في منية المفتي الخ)** أي في كتاب القضاء في بحث القضاء في المجتهد فيه ونصه: قضى بشهادة محدودين في قذف وهو لا يعلم بذلك ثم ظهر لا ينفذ قضاؤه وعليه أن يأخذ المال من المقضى له، وكذا لو علم أنهما عبدان أو كافران أو أعميان، وقيل ينفذ فإنه ذكر إذا قضى بشهادة محدودين قد تابا ثم عزل أو مات ورفع ذلك إلى قاضٍ آخر لا يراه أمضى القضاء الأوّل اهـ. أقول: وسيأتي بعد سبعة أوراق عدم نفاذ القضاء بشهادة العدو على عدوه. وهل يقال مثل ذلك في شهادة الأجير الخاص صارت واقعة الفتوى ولم أرها لأن العلة التهمة لا الفسق على ما يحرره المؤلف فيما سيأتي في شهادة العدو وهذه مثلها قوله: **(أطلقه فشمل الأعمى وقت الشهادة الخ)** قال الرملي وقال أبو يوسف: إن عمي بعد الأداء قبل القضاء يقضي بشهادته. قال في صدر الشريعة: وقوله أظهر قوله: **(وشمل ما كان طريقه السماع)** قال الرملي: أي كالنسب

....

كما في فتح القدير ولزفر وهو مروي عن الإمام كما في الشرح، واختاره في الخلاصة وعزاه إلى النصاب جازماً به من غير حكاية خلاف. وأشار المؤلف إلى عدم قبول شهادة الأخرس بالأولى سواء كانت بالإشارة أو بالكتابة وتمامه في شرح ابن وهبان قوله: **(والمملوك والصبي)** لأنها من الولاية ولا ولاية لهما على نفسهما فالأولى أن لا يكون لهما على غيرهما ولاية وقدمنا وسيأتي أن ثبوت حرية الشاهد إما بظاهر الدار عند عدم طعن المشهود عليه أو ببينة يقيمها الشاهد عند طعن الخصم بخلاف ما إذا طعن بأنه محدود في قذف أو شريك المدعي فإن البينة عليه. وقدمنا أن الصبي إذا بلغ فشهد فإنه لا بد من التزكية، وكذا الكافر إذا أسلم، وأن الكافر إذا عدل في كفره لشهادة ثم أسلم فشهد فإنه يكفي التعديل الأوّل.

وفي المحيط البرهاني: مات وترك عبداً لا مال له غيره وقيمته ألف ولا يعلم عليه دين فأعتقه الوارث ثم شهد العبد شهادات واستقضى بقضايا ثم أقام رجل البينة على الميت بالدين فإن العبد يرد رقيقاً وبطل عتقه وما شهد به فإن أبرأ الغريم الميت جاز العتق لا الشهادة والقضاء وتمامه فيه. أطلقه فشمل القن والمكاتب والمدبر وأم الولد كما في الخلاصة. ومعتق البعض كالمكاتب، والمعتق في المرض كالمكاتب في زمن سعايته لا تقبل شهادته كما في البزازية. والمدبر بعد موت مولاه إذا لم يخرج من الثلث في زمن سعايته كالمكاتب عنده، وحر مديون عندهما كما في جنايات المجمع والكافي، وفي الكافي من الشهادات: رجل مات عن عم وأمتين وعبدين فأعتق العم العبدين فشهدا ببنتية إحداهما بعينها للميت أي أنه أقر بها في حياته وصحته لم تقبل عند أبي حنيفة لأن في قبولها ابتداء بطلانها انتهاء لأن معتق البعض في حكم المكاتب عنده ولا شهادة له، وعندهما تقبل لأنه حر مديون. ولو شهدا أن الثانية أخت الميت قبل الأولى أو بعدها أو معها لا تقبل بالإجماع لأنا لو قبلنا لصارت عصبة مع البنت

والموت وما تجوز الشهادة عليه بالشهرة والتسامع كما في الخلاصة قوله: **(خلافاً لأبي يوسف كما في فتح القدير)** قال الرملي: عبارة الفتح «وقال أبو يوسف يجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفي فيه السماع إذا كان بصيراً وقت التحمل أعمى عند الأداء إذا كان يعرفه باسمه ونسبه» اهـ. قوله: **(واختاره في الخلاصة)** قال الرملي: راجعنا الخلاصة فلم نجد فيها ما يقتضي ترجيحه واختياره فراجعها وتأمل قوله: **(لأنها من باب الولاية الخ)** قال في الحواشي السعدية: الوكالة ولاية كما يعلم من أوائل عزل الوكيل والعبد محجوراً كان أو مأذوناً تجوز وكالته فتأمل في جوابه اهـ. ومثله توكيل صبي يعقل وقد يقال ولايتهما في الوكالة غير أصلية تأمل. قوله: **(وقدمنا أن الصبي الخ)** قدمه في شرح قول المتن «وسأل عن الشهود» وقدم أيضاً هناك عن الظهيرية الفرق بين الصبي والكافر وهو أن الكافر كان له شهادة مقبولة قبل إسلامه بخلاف الصبي قوله: **(فشهدا ببنتية إحداهما)** أي شهدا أن إحدى الأمتين وهي فلانة بنت الميت قوله: **(لأنا لو قبلنا لصارت عصبة مع البنت)** قال الشيخ

بعد الحرية والبلوغ والمحدود في قذف ولو تاب إلا أن يحد الكافر في قذف ثم أسلم

فيخرج العم عن الوراثة فيبطل العتق ا هـ. ولم يذكر المؤلف المجنون ولا خفاء في عدم قبولها. وفي المحيط: ومن يجن ساعة ويفيق ساعة فشهد في حال الصحة تقبل شهادته لأن ذلك بمنزلة الإغماء والإغماء لا يمنع قبول الشهادة. وقدر بعض مشايخنا جنونه بيوم أو يومين حتى لو جن يوماً أو يومين ثم أفاق فشهادته جائزة في حال الصحة ا هـ. ولم يذكر أيضاً المغفل. وفي المحيط: قال محمد في رجل أعجمي صوام قوام مغفل يخشى عليه أن يلقن فيؤخذ به قال: هذا شر من الفاسق في الشهادة. وعن أبي يوسف أجيز شهادة المغفل ولا أجيز تعديله لأن التعديل يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير والمغفل لا يستقصى في ذلك ا هـ. ولا بد لصحة القضاء من حصول الحرية للشاهد في نفس الأمر فلو قضى بشهادتهم ثم ظهروا عبيداً بطل القضاء، وهي مسألة ظهور خطأ القاضي. وفي المحيط البرهاني: قضى القاضي بوصاية ببينة وأخذ ما على الناس من الديون ثم وجدوا عبيداً فقد برئ الغرماء ولو كان مثله في الوكالة لم يبرؤوا ا هـ. ولم يذكر الفرق وكأنه لكونهم دفعوا له دين الميت بإذن القاضي وإن لم يثبت الإيصاء بمنزلة إذنه لهم في الدفع إلى أمينه بخلاف الوكالة إذ لا يصح إذنه للغريم بدفع دين الحي إلى غيره.

قوله: (**إلا أن يتحملا في الرق والصغر وأديا بعد الحرية والبلوغ**) لأنهما أهل للتحمل لأن التحمل بالشاهدة والسماع ويبقى إلى وقت الأداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وهما أهل عند الأداء. وأشار إلى أن الكافر إذا تحملها على مسلم ثم أسلم فأداها تقبل كما في فتح القدير. وأطلقه فشمل ما إذا لم يؤدها إلا بعد الأهلية أو أداها قبلها فردت ثم زالت العلة فأداها ثانياً ولذا قال في الخلاصة: ومتى ردت شهادة الشاهد لعلة ثم زالت العلة فشهد في تلك الحادثة لا تقبل إلا في أربعة: العبد، والكافر على المسلم، والأعمى، والصبي، إذا شهدوا فردت ثم زال المانع فشهدوا في تلك الحادثة فإنها تقبل ا هـ. فعلى هذا لا تقبل شهادة الزوج والأجير والمغفل والمتهم والفاسق بعد ردها، وإدخال أحد الزوجين مع الأربعة كما في فتح القدير سهو، ولا بد من حكم القاضي برد شهادته كما سيأتي. وأطلق في تحمل العبد

إبراهيم السائحاني: هذا غير ظاهر عند سبق شهادة الأختية بل العلة فيها هي علة البنتية فتفقه قوله: (**وكأنه لكونهم دفعوا الخ**) قال الشيخ إبراهيم السائحاني نقلاً عن المقدسي: فعلى هذا ما يقع الآن كثيراً من تولية شخص نظر وقف فيتصرف فيه تصرف مثله من قبض وصرف وشراء وبيع ثم يظهر أنه يغير شرط الواقف أو أن إنهاءه باطل ينبغي أن لا يضمن لأنه تصرف بإذن القاضي كالوصي فليتأمل. قلت: وتقدم في الوقف ما يؤيده اهـ. قوله: (**وإدخال أحد الزوجين مع الأربعة كما في فتح القدير سهو**) والعجب أنه ذكر أولاً أنها لا تقبل كما لو ردت لفسق ثم تاب ثم قال: فصار الحاصل الخ. فذكر أحد الزوجين مع من يقبل فالظاهر أنه سبق قلم لمخالفته صدر كلامه ولما صرح

....

فشمل ما إذا تحملها لمولاه ثم أداها بعد عتقه كما في فتح القدير. وأراد بالحرية الحرية النافذة، وإنما قيدنا به لما في البزازية: أعتق عبده في مرض موته ولا مال له غيره ثم شهد هذا لا تقبل عند الإمام لأن عتقه موقوف ا هـ. وفي السراجية: إذا طعن المدعى عليه في الشهود أنهم عبيد فعلى المدعي إقامة البينة على حريتهم ولو قال هما محدودان في القذف فعلى الطاعن إقامة البينة قوله: **(والمحدود في قذف ولو تاب)** لا تقبل شهادته لقوله تعالى ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا﴾ [النور: ٤] ولأنه من تمام الحد لكونه مانعاً فيبقى بعد التوبة كأصله بخلاف المحدود في غيره لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة والاستثناء في الآية ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور: ٤] أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن؛ كذا في الهداية. وفي التحرير: الأوجه أنه متصل، وقرره في التلويح بأن المعنى أولئك الذين يرمون المحصنات محكوم عليهم بالفسق إلا التائبين، وأما رجوع الاستثناء إلى الكل في آية المحاربين فلدليل اقتضاه وهو قوله ﴿من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٤] فإنه لو عاد إلى الأخير أعني قوله «لهم عذاب عظيم» لم يبق له فائدة لأن التوبة تسقطه مطلقاً ففائدته سقوط الحد وتمامه في فتح القدير. وفي البدائع: كل فاسق تاب عن فسقه قبلت توبته وشهادته إلا اثنين: المحدود في القذف والمعروف بالكذب، لأن من صار معروفاً بالكذب

به في التتارخانية ولمخالفته لقول الخلاصة «لا تقبل إلا في أربعة»، ولما في الجوهرة إذا شهد الزوج الحر لزوجته فردت ثم أبانها وتزوّجت غيره ثم شهد لها بتلك الشهادة لم تقبل لجواز أن يكون توصل بطلاقها إلى تصحيح شهادته، وكذا إذا شهدت لزوجها ثم أبانها ثم شهدت له اهـ. ولما في البدائع: لو شهد الفاسق فردت أو أحد الزوجين لصاحبه فردت ثم شهدا بعد التوبة والبينونة لا تقبل، ولو شهد العبد أن الصبي أو الكافر فردت ثم عتق وبلغ وأسلم وشهد في تلك الحادثة بعينها تقبل، ووجه الفرق أن الفاسق والزوج لهما شهادة في الجملة فإذا ردت لا تقبل بعد بخلاف الصبي والعبد والكافر إذ لا شهادة لهم أصلاً اهـ. كذا في الشرنبلالية وفيها قال في الفتاوى الصغرى: لو شهد المولى لعبده بالنكاح فردت ثم شهد له بذلك بعد العتق لم يجز لأن المردود كان شهادة. ثم قال: والصبي أو المكاتب إذا شهد فردت ثم شهدها بعد البلوغ والعتق جاز لأن المردود لم يكن شهادة بدليل أن قاضياً لو قضى به لا يجوز. فإذا عرفت يسهل عليك تخريج المسائل أن المردود لو كان شهادة لا تجوز بعد ذلك أبداً ولو كان شهادة لا تجوز بعد ذلك أبداً ولو لم يكن شهادة تقبل عند اجتماع الشرائط اهـ. ولكن يشكل عليه شهادة الأعمى إذ لو قضى بها جاز فهي شهادة وقد حكم بقبولها بزوال العمى اهـ. قوله: **(وفي السراجية إذا طعن المدعى عليه في الشهود الخ)** قال الرملي: سيأتي عن الخلاصة في الكلام على الجرح المجرد أنه يقال للشاهدين أقيما البينة على الحرية وهو صريح ما تقدم في شرح قوله «والمملوك» وما هنا صريح في أن ذلك على المدعي وهو قوله «فعلى المدعي إقامة البينة على حريتهم» فتأمل.

والولد لأبويه وجديه وعكسه وأحد الزوجين للآخر والسيد لعبده ومكاتبه والشريك

واشتهر به لا يعرف صدقه من توبته بخلاف الفاسق إذا تاب عن سائر أنواع الفسق فإن شهادته تقبل ا هـ. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أن شهادته لا تسقط ما لم يضرب تمام الحد وهو صريح المبسوط لأن المحدود من ضرب الحد أي تماماً لأن ما دونه يكون تعزيراً غير مسقط لها. ولو قال المؤلف «إن لم يقم بينة على صدقه» لكان أولى لأنه لو أقام أربعة بعد ما حد على أنه زنى قبلت شهادته بعد التوبة في الصحيح لأنه لو أقامها قبله لم يحد فكذا لا ترد شهادته؛ كذا ذكر الشارح وتمامه في العتابية. وإنما قيد بقوله «على أنه زنى» لأنه لو أقام بينة على إقرار المقذوف بالزنا لا يشترط أن يكونوا أربعة لما في فتح القدير من باب حد القذف؛ فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا يدرأ الحد عن القاذف لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة إلى آخره فكذا إذا أقام رجلين بعد حده على إقراره بالزنا تعود شهادته كما لا يخفى. ثم اعلم أن الضمير في قوله «لهم» عندنا عائد إلى المحدودين، وعند الشافعي إلى القاذفين العاجزين عن الإثبات كما ذكره الفخر الرازي فلو لم يحد تقبل شهادته عندنا خلافاً له، ولو قذف رجلاً ثم شهد مع ثلاثة على أنه زنى فإذا كان حد لم يحد المشهود عليه وإن لم يحد القاذف حد المشهود عليه؛ كذا في البزازية.

قوله: **(إلا أن يحد الكافر في قذف ثم أسلم)** يعني فتقبل ولو كان محدوداً في قذف لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالإسلام حدثت شهادة أخرى، وليس المراد أنها تقبل بعد إسلامه في حق المسلمين فقط. قال المؤلف في الكافي: فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين ضرورة وتمامه في العتابية. قيد بالكافر لأن العبد إذا حد حد القذف ثم عتق حيث ترد شهادته لأنه لا شهادة للعبد أصلاً في حال رقه فيتوقف الرد على حدوثها فإذا حدث كان رد شهادته بعد العتق من تمام حده، وظاهر كلام المؤلف أنه أسلم بعد ما ضرب تمام الحد فلو أسلم بعد ما ضرب بعضه فضرب الباقي بعد إسلامه ففيه ثلاث روايات في ظاهر الرواية لا تبطل شهادته على التأبيد فإذا تاب قبلت، وفي رواية تبطل إن ضرب الأكثر بعد إسلامه، وفي رواية ولو سوطاً؛ كذا في السراج الوهاج. ووضع هذه المسألة يدل على أن الإسلام لا يسقط حد القذف. وهل يسقط شيئاً من الحدود؟ قال الشيخ عمر قارئ الهداية: إذا سرق الذمي أو زنى ثم أسلم فإن ثبت عليه ذلك بإقراره أو بشهادة المسلمين لا يدرأ عنه، وإن ثبت بشهادة أهل الذمة فأسلم سقط عنه الحد ا هـ. وينبغي أن يقال كذلك في حد القذف. وفي اليتيمة من كتاب السير: إن الذمي إذا وجب التعزير عليه فأسلم لم يسقط عنه. ولم أر حكم الصبي إذا وجب التعزير عليه للتأديب فبلغ ونقل الفخر الرازي عن الشافعية سقوطه لزجره بالبلوغ، ومقتضى ما في اليتيمة أنه لا يسقط إلا أن يوجد نقل صريح

قوله: **(والولد لأبويه وجديه وعكسه)** أي لم تقبل شهادة الفرع لأصله والأصل لفرعه

....

للحديث، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه. وأطلق الولد فشمل الولد من وجه فلا تقبل شهادة ولد الملاعن لأصوله أو هو له أو لفرعه لثبوته من وجه بدليل صحة دعوته منه وعدمها من غيره، وتحرم مناكحته ووضع الزكاة فيه فأحكام البنوة ثابتة له إلا الإرث والنفقة من الطرفين كولد العاهر. ولو باع أحد التوأمين وقد ولدا في ملكه وأعتقه المشتري فشهد البائعة تقبل؛ فإن ادعى الباقي ثبت نسبهما وانتقض البيع والعتق والقضاء ويرد ما قبض أو مثله إن هلك للاستناد لتحويل العقد، وإن كان القضاء قصاصاً في طرف أو نفس فأرشه عليه دون العاقلة وتمامه في تلخيص الجامع من باب شهادة ولد الملاعنة. ولا تقبل شهادة ولد أم الولد المنفي من السيد ولا يعطيه الزكاة كولد الحرة المنفي باللعان؛ كذا في المحيط البرهاني. وفي فتح القدير: تجوز شهادته لابنه رضاعاً. وفي خزانة الأكمل: شهد ابناه أن الطالب أبرأ أباهما واحتال بدينه على فلان لم تجز إذا كان الطالب منكراً، وإن كان المال على غير أبيهما فشهدوا أن الطالب أحال به أباهما والطالب، ينكر والمطلوب يدعي البراءة والحوالة جازت ا هـ. وفي المحيط البرهاني: إذا شهدا على فعل أبيهما فعلاً ملزماً لا تقبل إذا كان للأب فيه منفعة اتفاقاً وإلا فعلى قولهما لا تقبل وعن محمد روايتان. فلو قال إن كلمك فلان فأنت حر فادعى فلان أنه كلمه وشهد ابناه به لم تقبل عندهما، وكذا إذا علق عتقه بدخوله الدار، ولو أنكر الأب جازت شهادتهما. وكذا الحكم في كل شيء كان من فعل الأب من نكاح أو طلاق أو بيع، وإن شهد ابنا الوكيل على عقد الوكيل فهو على ثلاثة أوجه: الأوّل أن يقر الموكل والوكيل بالأمر والعقد وهو على وجهين: فإن ادعاه الخصم قضى القاضي بالتصادق لا بالشهادة، وإن أنكر فعلى قولهما لا تقبل ولا يقضى بشيء إلا في الخلع فإنه يقضى بالطلاق بغير مال لإقرار الزوج به وهو الموكل. وعن محمد يقضى بالعقد إلا بعقد ترجع حقوقه إلى العاقد كالبيع. الثاني أن ينكر الوكيل والموكل فإن جحد الخصم لا تقبل وإلا تقبل اتفاقاً. الثالث أن يقر الوكيل بهما ويجحد الموكل العقد فقط فإن ادعاه الخصم يقضى بالعقود كلها إلا النكاح على قول أبي حنيفة وتمامه فيه. وقيد بالشهادة لهم لأن الشهادة على أصله وفرعه مقبولة إلا إذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه قلنا إنها لا تقبل لوجود المانع من المشهود له. وفي المحيط قال محمد: رجل شهد لابن ابنه على أبيه تقبل لأنه حين شهد عليه لم يصر جداً لولده بل يصير جداً بعد حكم الحاكم بشهادته فحينئذ يصير جداً بموجب الشهادة والشيء لا ينفي موجب نفسه ا هـ.

وهذا التعليل يفيد أن الكلام في شهادة الأب على إقرار ابنه بأن ما ولدته زوجته ابنه لا

قوله: **(فادعى فلان أنه كلمه وشهد ابناه به)** أي ابنا فلان وكذا الضمير في قوله بدخوله لفلان.

قوله: **(وهذا التعليل يفيد الخ)** قال في المنح قلت: وفي شرح النظم الوهباني لشيخ الإسلام عبد

....

في الأموال والأول في الأموال. وفي الولوالجية: وتجوز شهادة الابن على أبيه بطلاق امرأته إذا لم تكن لأمه أو لضرتها لأنها شهادة على أبيه، وإن كان لأمه أو لضرتها لا تجوز لأنها شهادة لأمه؛ ذكره في فصل الشهادة من الطلاق. وذكر في القضاء من الفصل الرابع: رجل شهد عليه بنوه أنه طلق أمهم ثلاثاً وهو يجحد، فإن كانت الأم تدعي فالشهادة باطلة، وإن كانت تجحد فالشهادة جائزة لأنها إذا كانت تدعي فهم يشهدون لأمهم لأنهم يصدقون الأم فيما تدعي ويعيدون البضع إلى ملكها بعد ما خرج عن ملكها، وأما إذا كانت تجحد فيشهدون على أمهم لأنهم يكذبونها فيما تجحد ويبطلون عليها ما استحقت من الحقوق على زوجها من القسم والنفقة وما يحصل لها من منفعة عود بضعها إلى ملكها فتلك منفعة مجحودة يشوبها مضرة فلا تمنع قبول الشهادة ا هـ. وهذه من مسائل الجامع الكبير، وأورد عليه أن الشهادة بالطلاق شهادة بحق الله تعالى فوجود دعوى الأم وعدمها سواء لعدم اشتراطها. وأجيب بأنه مع كونه حقاً لله تعالى فهو حقها أيضاً لم تشترط الدعوى للأول واعتبرت إذا وجدت مانعة من القبول للثاني عملاً بهما. وفي المحيط البرهاني معزياً إلى فتاوى شمس الإسلام الأوزجندي أن الأم

البر بن الشحنة ذكر أن شهادة الإنسان لابن ابنه على ابنه مقبولة، وعزاه إلى قاضيخان وأطلقه ولم يقيده بحق دون حق، ولعل وجه القبول أن إقدامه على الشهادة على ولده وهو أعز عليه من ابن ابنه دليل على صدقه فتنتفي التهمة التي ردت لأجلها الشهادة اهـ. قلت: ونص عبارة الخانية: امرأة ولدت ولداً وادعت أنه تزوجها هذا وجحد الزوج ذلك فشهد على الزوج أبوه وابنه أن الزوج أقر أنه ولده من هذه المرأة قال في الأصل: جازت شهادتهما. ولو شهد أبو المرأة وجدها على إقرار الزوج بذلك لا تقبل شهادتهما لأنهما يشهدان لولدهما، ولو ادعى الزوج ذلك والمرأة تجحد فشهد عليها أبوها أنها ولدت وأقرت بذلك اختلفت فيه الرواية قال في الأصل: لا تقبل شهادتهما في رواية هشام، وتقبل في رواية أبي سليمان. وإذا شهد الرجل لابن ابنه على ابنه جازت شهادته انتهت. ونقلها في التتارخانية بحروفها وسيذكر بعضها المؤلف آخر هذه القولة محرفة. ووجه الأولى أنها شهادة على الابن للمرأة صريحاً لجحوده وادعائها، وفي الثانية بالعكس، والقبول في الأولى يقتضي القبول في الثالثة وترجيح رواية أبي سليمان إذ لا فرق يظهر ولم يصر الولد المجحود ابن ابن إلا بعد الشهادة في المسألتين، وعلى هذا فلا فرق بين الأموال والنسب في القبول. فقول المؤلف «إلا إذا شهد الجد الخ» في غير محله تأمل. وفي فتاوى الشيخ شهاب الدين الشلبي سئلت عما لو شهدت الأم لبنتها على بنت لها أخرى هل تقبل شهادتها؟ فأجبت بما حاصله أن شهادة الأم على إحدى البنتين وإن كانت مقبولة لكن لما تضمنت الشهادة للأخرى ردت فلا تقبل شهادتها للتهمة والله الموفق. ويشهد لما أجبت به قول الزيعلي رحمه الله في كتاب النكاح: ولو تزوّجها بشهادة ابنيهما ثم تجاحدا لا تقبل مطلقاً لأنهما يشهدان لغير المنكر منهما اهـ. ثم أجاب عن سؤال آخر بما نصه: شهادة الأب على ولده لابنته غير صحيحة والله تعالى أعلم.

....

إذا ادعت الطلاق تقبل شهادتهما قال وهو الأصح لأن دعواها لغو. قال مولانا: وعندي أن ما ذكره في الجامع أصح ا هـ. ويتفرع على هذا مسائل ذكرها ابن وهبان في شرحه: الأولى شهدا أن امرأة أبيهما ارتدت وهي تنكر، فإن كانت أمهما حية لم تقبل ادعت أو أنكرت لانتفاعها وإلا فإن ادعى الأب لم تقبل وإلا قبلت. الثانية طلق امرأته قبل الدخول ثم تزوجها فشهد ابناه أنه طلقها في المدة الأولى ثلاثاً ثم تزوجها بلا محلل؛ فإن كان الأب يدعي لا تقبل وإلا قبلت. الثالثة شهد ابناه على الأب أنه خلع امرأته على صداقها فإن كان الأب يدعي لا تقبل دخل بها أو لا وإلا تقبل ادعت أو لا. الرابعة شهد ابنا الجارية الحران أن مولاها أعتقها على ألف درهم فإن كانت تدعي لا تقبل وإلا فتقبل، وإن شهد ابنا المولى وهو يدعي لم تقبل وعتقت لإقراره بغير شيء وإلا تقبل بخلاف ما إذا شهدا على عتق أبيهما بألف فإنها لا تقبل مطلقاً لأن دعواه شرط عنده، ولو شهد ابنا المولى فإن ادعى المولى لم تقبل وإن جحد وادعى الغلام تقبل ويقضى بالعتق وبوجوب المال، وإن أنكر لم تقبل. الخامسة جارية في يد رجل ادعت أنه باعها من فلان وأن فلاناً الذي اشتراها أعتقها والمشتري يجحد فشهد ابنا ذي اليد بما ادعت الجارية فإن ادعى الأب لم تقبل وإلا تقبل ا هـ. وهذه كلها مسائل الجامع الكبير ذكرها الصدر سليمان الشهيد في باب من الشهادات وزاد: قالت بعتني منه وأعتقني وشهد ابنا البائع إن ادعى لا تقبل وعتقت بإقراره، وإن كذبه قبلت وثبت الشراء والعتق لأنه خصم كالشفيع في يده جارية. قال بعتها من فلان بألف وقبضها وباعها مني بمائه دينار وشهد ابنا البائع يقضى بالبيعين وبالثمنين، وعند محمد يشترط تصديقه ولا يحبس به، وإن ادعى الأب لا تقبل ويسلم له بإقراره إلى آخر ما فيه. وفي البزازية وفي المنتقى: شهدا على أن أباهما القاضي قضى لفلان على فلان بكذا لا تقبل والمأخوذ أن الأب لو كان قاضياً يوم شهد الابن على حكمه تقبل، ولو شهد الابنان على شهادة أبيهما تجوز بلا خلاف وكذا على كتابه ا هـ. ثم قال: قضاء القاضي بشهادة ولده وحافده يجوز. وفي الخانية: ولو ولدت ولداً وادعت أنه من زوجها وجحد زوجها ذلك فشهد على أبيه وابنه أن الزوج أقر أن هذا ولده من هذه المرأة قال في الأصل جازت شهادتهما، ولو ادعى الزوج ذلك والمرأة تجحد فشهد عليها أبوها أنها ولدت وأنها أقرت بذلك اختلف فيه الرواية ا هـ.

قوله: **(وأحد الزوجين للآخر)** أي لم تقبل شهادته للحديث ولأن الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهداً لنفسه من وجه أو يصير متهماً. وفي الخانية: وإن شهد الرجل لامرأة بحق ثم تزوجها بطلت شهادته، ولو شهد لامرأته وهو عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائناً وانقضت عدتها روى ابن شجاع أن القاضي ينفذ شهادته ا هـ. وبه علم أن الزوجية

قوله: **(فشهد على أبيه وابنه)** الذي في الخانية كما قدمناه «فشهد على الزوج أبوه وابنه».

....

إنما تمنع منها وقت القضاء لا وقت الأداء ولا وقت التحمل. وفي البزازية: ولو وكلت امرأة القاضي وكيلاً بالخصومة ثم طلقها وانقضت عدتها وقضى لوكيلها يجوز، وكذا وكيل مكاتبه إذا عتق قبل القضاء، والحاصل أنه لا بد من انتفاء التهمة وقت القضاء اهـ. وأما في باب الرجوع في الهبة فهي مانعة منه وقت الهبة لا وقت الرجوع، فلو وهب لأجنبية ثم نكحها فله الرجوع بخلاف عكسه كما سيأتي. وفي باب إقرار المريض الاعتبار لكونها زوجة وقت الإقرار فلو أقر لأجنبية ثم نكحها ومات وهي زوجة صح، وفي باب الوصية الاعتبار لكونها زوجة وقت الموت لا وقت الوصية. وأطلق في الزوجة فشمل الأمة قال في الأصل: لا تقبل شهادة زوج لزوجته وإن كانت أمة لأن لها حقاً في المشهود به؛ كذا في البزازية. وقيد بقوله «له» لأن شهادته عليها مقبولة إلا في مسألتين: الأولى قذفها الزوج ثم شهد عليها بالزنا مع ثلاثة لم تقبل وهي في المحيط الرضوي وقدمناها في الحدود. الثانية شهد الزوج وآخر بأنها أقرت بالرق لفلان وهو يدعي ذلك لم تقبل، ولو قال المدعي أنا أذنت لها في نكاحه إلا إذا كان دفع لها المهر بإذن المولى؛ كذا في النوازل. وشمل الزوجة من وجه وهي المعتدة عن طلاق ولو ثلاثاً كما في القنية والبزازية. ثم اعلم أن من لا تقبل شهادته له لا يجوز قضاؤه فلا يقضى لأصله وإن علا، ولا لفرعه وإن سفل، ولو وكيل من ذكرنا كما في قضائه لنفسه كما في البزازية. ومنها أيضاً: اختصم رجلان عند القاضي ووكل أحدهما ابن القاضي أو من لا تجوز شهادته له فقضى القاضي لهذا الوكيل لا يجوز، فإن قضى عليه يجوز. وفي الخزانة: وكذا لو كان ولده وصياً فقضى له ولو كان القاضي وصبي اليتيم لم يجز قضاؤه في أمر اليتيم، ولو كان القاضي وكيلاً لم يجز قضاؤه لموكله وتمامه فيها وفي تلخيص الجامع قوله: **(والسيد لعبده ومكاتبه)** لأنها شهادة لنفسه من كل وجه إن لم يكن عليه دين، ومن وجه إن كان عليه دين لأن الحال موقوف مراعى. وفي منية المفتي: شهد العبد لمولاه فردت ثم شهد بها بعد العتق تقبل ولو شهد المولى لعبده بالنكاح فردت ثم شهد له بعد العتق لم يجز لأن المردود كان شهادة، وكذا الصبي أو المكاتب إذا شهد فردت ثم شهد بها بعد البلوغ والعتق جازت لأن المردود لم يكن شهادة اهـ.

قوله: **(والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما)** أي لم تقبل شهادته لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما، قيد بما هو من شركتهما لجوازها بما ليس من شركتهما لانتفاء التهمة. وأطلقه فشمل شركة الأملاك وشركة العقود عناناً ومفاوضة ووجوهاً وصنائع، وخصصه في النهاية بشريك العنان قال: وأما شهادة أحد المفاوضين لصاحبه فلا تقبل إلا في الحدود والقصاص والنكاح لأن ما عداها مشترك بينهما. وتبعه في العناية والبناية، وزاد في فتح القدير على الثلاثة الطلاق والعتاق وطعام أهله وكسوتهم، وتعقبه الشارح بأنه سهو فإنه

قوله: **(وتعقبه الشارح بأنه سهو الخ)** وكذا قال في الحواشي السعدية فيه بحث لأنه إذا كان ما

....

لا يدخل في الشركة إلا الدراهم والدنانير، ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا: لو وهب لأحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لأن المساواة فيه ليست بشرط ا هـ. وما ذكره في النهاية هو صريح كلام محمد في الأصل كما ذكره في المحيط البرهاني ثم قال: وشهادة أخد شريكي العنان فيما لم يكن من تجارتهما مقبولة لا فيما كان منها، ولم يذكر هذا التفصيل في المفاوضة لأن العنان قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً، وأما المفاوضة فلا تكون إلا في جميع الأموال وقد عرف ذلك في كتاب الشركة. وعلى قياس ما ذكره شيخ الإسلام في كتاب الشركة أن المفاوضة تكون خاصة يجب أن تكون المفاوضة على التفصيل الذي ذكرنا في العنان ا هـ. وشمل كلام المؤلف ما إذا شهدا أن لهما ولفلان على هذا الرجل ألف درهم فهي على ثلاثة أوجه: الأول أن ينصا على الشركة فلا تقبل. الثاني أن ينصا على قطع الشركة بأن قالا نشهد أن لفلان على هذا خمسمائة بسبب على حدة ولنا عليه ضمانه بسبب على حدة فتقبل. الثالث أن يطلقا فلا تقبل لاحتمال الاشتراك. ولو كان لواحد على ثلاثة دين فشهد اثنان أن الدائن أبرأهما وفلاناً عن الألف، فإن كانوا كفلاء لم تقبل وإلا فإن شهدوا بالإبراء بكلمة واحدة فكذلك وإلا تقبل؛ كذا في المحيط البرهاني. وأشار المؤلف رحمه الله إلى قاعدة في الشهادات وهي أن كل شهادة جرت مغنماً أو دفعت مغرماً لم تقبل للتهمة فلا تقبل شهادة المستأجر للأجير بالمستأجر والمستعير للمعير بالمستعار، وشهادة الأجير الخاص كأجير المياومة والمشاهرة لا العام كالخياط لمن استأجره فتقبل. ولا تقبل شهادة ذابح الشاة المأمور بذبحها لمدعيها على غاصبها، ولا شهادة ابن البائع على أن الشفيع طلب الشفعة من المشتري، ولا شهادة المودع بها، وتقبل شهادة الوكيل بالنكاح بالطلاق، والوكيل بالشراء بالعتق، وشهادة ابن البائع على الشفيع بتسليم الشفعة إلى المشتري، ولا تقبل على أن المشتري سلمها إلى الشفيع، ولا تقبل شهادة البائع على أن المشتري أعتق العبد، ولا شهادة المعتق بقدر الثمن إذا اختلفا، وتقبل إذا شهد بإيفاء الثمن أو إبراء البائع، ولا تقبل شهادة المودع والمستعير والمستأجر للمدعي قبل الرد، وتقبل شهادة المرتهن. ولو شهد المودع أو المستأجر للعبد بإعتاق مولاه أو تدبيره أو كتابته عند دعواه جازت لا ببيعه وتمام تفريعاته في المحيط. وهنا مسائل متفرعة على عدم شهادة الشريك لشريكه: الأولى شهدا أن زيداً أوصى بثلث ماله لقبيله بني فلان وهما من تلك القبيلة صحت ولا شيء لهما منها. الثانية لو أوصى لفقراء

عداها مشتركاً يدخل في عموم قوله ما ليس من شركتهما، فيشمل كلام المصنف شركة المفاوضة أيضاً فلا وجه للإخراج فتأمل إلا أن يخص بالأملاك بقرينة السياق. ثم إن قوله «لأن ما عداهما مشترك بينهما» غير صحيح فإنه لا يدخل في الشركة إلا الدراهم والدنانير الخ.

قوله: **(وشهادة الأجير الخاص الخ)** قال الرملي وفي الخانية: وذكر الخصاف أن شهادة الأجير

....

جيرانه وهما منهم فالحكم كذلك. الثالث لو أوصى لفقراء بيته أو لأهل بيته وهما منهم لم يصح ولو كانا غنيين صحت، والفرق بين الأولين والثالثة أنه يجوز فيهما تخصيص البعض منهم بخلافه في الثالثة. الرابعة لو أوصى لفقراء جيرانه فشهد من له أولاد محتاجون منهم لم تقبل مطلقاً في حق الأولاد وغيرهم، والفرق بينهما وبين أولادهما أن المخاطب لم يدخل تحت عموم خطابه فلم يتناولهما الكلام بخلاف الأولاد فإنهم داخلون تحت الشهادة، وإنما أدخلنا المتكلم في مسألة الشهادة لفقراء أهل بيته باعتبار أنهم يحصون بخلاف فقراء جيرانه وبني تميم، وذكر قاضيخان في فتاواه من الوقف لو شهدا أنها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه وهما منهم جازت، ولو على فقراء قرابته لا. قال الناطفي في الفرق: إن القرابة لا تزول والجوار يزول فلم يكن شهادة لنفسه لا محالة ا هـ. وأهل بيت الإنسان لا يزول عنهم الاسم لأنهم أقاربه الذين في عياله فلهذا لم تقبل فيها، ولكن يشكل بمسألة القبيلة فإن الاسم عنهم لا يزول مع قبولها ولكن لا يدخلون، ويمكن الفرق بين الوصية والوقف بما أشار إليه ابن الشحنة.

وقال قاضيخان عقب ما نقلته عنه: فعلى هذا شهادة أهل المدرسة بوقفها جائزة. وقال في موضع آخر: وأما أصحاب المدرسة إذا شهدوا بالوقف على المدرسة قال بعضهم إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقاً من ذلك لا تقبل وإلا تقبل قياساً على مسألة الشفعة لو شهد بعض الشفعاء بالبيع فإن كان لا يطلبها تقبل. قال رضي الله تعالى عنه: وعندي هذا يخالف الشفعة لأن حق الشفعة مما يحتمل الإبطال، أما الوقف على المدرسة من كان فقيراً من أصحاب المدرسة يكون مستحقاً للوقف استحقاقاً لا يبطل بإبطاله فإنه إذا قال أبطلت حقي كان له أن يطلب ويأخذ بعد ذلك فكان شاهداً لنفسه فيجب أن لا تقبل ا هـ. وتعقبه الطرسوسي بقوله فيه نظر لأن الفقيه من أهل المدرسة يمكنه أن يعزل نفسه فلا تبقى له وظيفة أصلاً فكيف يقول لا يمكنه إبطاله؟ ورده ابن وهبان بأن هذا الاعتراض ليس بشيء فإن الواقف إذا وقف على من اتصف بصفة الفقه والفقر مثلاً والإقامة استحق من اجتمعت فيه شرائط الوقف، ولا

لأستاذه مردودة وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله. قالوا: إن كان الأجير مشتركاً تجوز شهادته في الروايات كلها، وما ذكر في الديات محمول على هذا الوجه. وإن كان أجير وحد مشاهرة أو مسانهة أو مياومة لا تقبل شهادته لأستاذه لا في تجارته ولا في شيء آخر، وما ذكر في الكفالة محمول على هذا؛ كذا ذكر الناطفي والصدر الإمام الأجل الشهيد. ووجهه ظاهر لأن أجير الوحد يستحق الأجر بمضي الزمان وإذا كان يستوجب الأجر لزمان أداء الشهادة كان متهماً فيما شهد، أما الأجير المشترك لا يستوجب الأجر إلا بالعمل الذي عقدت عليه الإجارة فإذا لم يستوجب بشهادته أجراً انتفت التهمة عن شهادته ولهذا جازت شهادة القابلة على الولادة عند شرطها وهو العدالة اهـ.

....

اعتبار بعزله نفسه بل لو عزل نفسه في كل يوم مائة مرة ثم طلب أخذ كالوقف على الابن إذا عزل نفسه عن الوقف فإنه لا ينعزل، وصاحب الفوائد لم يفهم هذا من كلام قاضيخان بل جرى على عادة أوقاف المدارس في بلادنا فإن الواقف يجعل النظر فيه إلى الحاكم مثلاً أو إلى الناظر ويجعل له ولاية العزل والتقرير والإعطاء والحرمان من اتصف بصفة الفقة على مذهب من المذاهب، فحينئذ إذا أبطل ذلك حقه وعزل نفسه صح وليس له العود إلا أن يقرره الحاكم أو من له ولاية التقرير، وليس كلام قاضيخان في ذلك بل كلامه فيمن وقف الواقف عليه وذلك يستحق ما وقف عليه الواقف ولا يبطل بإبطاله له ا هـ. وفيما قال نظر لي لأن الواقف إذا وقف على الفقهاء مثلاً فإن الفقيه لا يستحق في ذلك الريع إلا بالتقرير ممن له ولايته، وكذا على الفقراء لا أنه يستحق من كان فقيهاً أو فقيراً مطلقاً كما توهمه ابن وهبان لأن الفقيه والفقير الطالب لم يتعينا ولا يمكن أن ينصرف إلى كل فقيه وكل فقير وإنما هو للجنس ويتعين بالتقرير، فالحق أن من أسقط حقه من وظيفة تقرر فيها فإنه يسقط حقه، سواء كان الوقف على جنس الفقهاء أو على عدد معين منهم كما هو في أوقاف القاهرة. وإن أسقط حقه من وقف على الفقهاء والفقراء بلا تعيين ولم يقرر في وقفهم لم يصح لعدم تعينه فللناظر أن يقرره بعده ويعطيه ما خصه لأنه يطلب ويأخذ بتقرير، فمعنى الاستحقاق الذي لا يبطل بالإبطال في كلام قاضيخان جواز أن يقرر بعد إبطاله ويعطى بعده من وقف على الفقهاء، ومعنى قول الطرسوسي أنه يبطل بعزله نفسه إذا كان بعد تقريره وليس هذا كالوقف على الابن كما توهمه ابن وهبان لأن استحقاق الابن لا يتوقف على تقرير بخلاف استحقاق الفقيه كما لا يخفى بقي من جنس المسائل السابقة مسألة لو شهدا على وقف في مكتب فيه أولادهم قيل يصح، وقيل لا، والأظهر الصحة لأن كون أولادهم في المكتب غير لازم فلا تكون شهادتهم لهم كشهادة أهل المدرسة. وفي وقف الظهيرية بعد أن ذكر مسألة المدرسة وشهادة أهلها وشهادة أهل المحلة في وقف على المحلة ما نصه: وكذلك الشهادة على وقف مكتب وللشاهد صبي في المكتب لا تقبل قيل وفي هذ المسائل كلها تقبل وهو الصحيح ا هـ. وهكذا صحح القبول في البزازية في مسألة المكتب وشهادة أهل المحلة في وقف المسجد وشهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهل تلك المدرسة والشهادة على وقف المسجد الجامع، وكذا أبناء السبيل إذا شهدوا بوقف على أبناء السبيل إلى آخره، فالمعتمد القبول في الكل. وذكر ابن الشحنة بعده تنبيه ومن هذا النمط مسألة قضاء القاضي في وقف تحت نظره أو هو مستحق فيه ا هـ. قلت.

تنبيه: الكلام كله في شهادة الفقهاء بأصل الوقف لقولهم شهادة الفقهاء على وقفية

قوله: **(ومن هذا النمط مسألة قضاء القاضي الخ)** قال الرملي: يعلم به جواز شهادة الناظر في

....

وقف، أما شهادة المستحق فيما يرجع إلى الغلة كشهادته بإجارة ونحوها لم تقبل لأن له حقاً في المشهود به فكان متهماً فكان داخلاً في شهادة الشريك لشريكه فهو نظير شهادة أحد الدائنين لشريكه بدين مشترك بينهما، وقد كتبت في حواشي جامع الفصولين من الفصل الثالث عشر أن شهادة شهود الأوقاف المقررين في وظائف الشهادة بما يرجع إلى الغلة غير مقبولة لما ذكرنا، وكون القاضي قرره شاهداً للوقف موافقاً للشرط لا يوجب قبولها. فإن قلت: فحينئذ لا فائدة لوظيفته لأن المتولي مقبول القول في الدخل والخرج بلا بيان وقد فرض أنه لا تقبل شهادته فيما يرجع إلى الغلة قلت: فائدته إسقاط التهمة عن المتولي إذا شهد له الشاهد بالدخل والخرج فلا يحلفه القاضي إذا اتهمه ا هـ. ويقويه قولهم إن البينة تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك فالقول له مع اليمين، فإن برهن فلا يمين، وإنما أطلنا في هذا الموضع لكثرة الاحتياج إليه في زماننا والفقه محتاج إليه كله ولا يمله أهل التحصيل. ولم يذكر المؤلف شهادة الأجير والتلميذ وحاصل ما ذكره شارحو الهداية أن شهادة التلميذ لأستاذه لا تقبل، وفسروه بمن يعد ضرر أستاذه ضرره ونفعه نفعه، وفسره في الخلاصة بالذي يأكل مع عياله في بيته وليس له أجرة خاصة، وأما الأجير فإن كان خاصاً لم تقبل وإلا قبلت. وفي المحيط: ادعى داراً فشهد له من استأجره للبناء تقبل ولو شهد له بها من استأجره لهدمها لا ا هـ. ولم يذكر شهادة الدائن لمديونه وفي الهداية أنها مقبولة وإن كان

وقف تحت نظره لأن القضاء والشهادة من باب واحد كما تقدم، وقد أفتى به شيخ الإسلام الشيخ محمد الغزي في واقعة الحال بقوله: الظاهر قبولها كما لو شهد بوقف مدرسة وهو صاحب وظيفة بها والله تعالى أعلم فتأمل. قوله: **(قلت تنبيه الكلام كله الخ)** قال الرملي أقول: تنبيه أحسن الكلام كله أيضاً عند عدم التهمة فلو حصلت تهمة لا يقبل أحد ممن ذكر. قال ابن الشحنة في شرح الوهبانية: وعنه من يتكلم في أحاديث الرعية وقسم النوائب والضرائب لا تقبل شهادته. وكتب بعض الأفاضل أي شهادة الرعية له للتهمة ثم قال عنه يعني نجم الأئمة: تقبل شهادة المزارع لرب الأرض ثم رجع وقال: لا تقبل لفساد الزمان. وعن شرف الأئمة الأسفيدري: لا تقبل شهادة الرعية لوكيل الرعية والشحنة والريس والعامل لجهلهم وميلهم خوفاً منه وكذا شهادة المزارع اهـ. فهو صريح في عدم جواز شهادة من ذكر للتهمة وفساد الزمان وهذا الذي يجب أن يعول عليه في زماننا فتدبر، وبه يعلم أن شهادة الفلاحين لشيخ قريتهم وشهادتهم للقسام الذي يقسم عليهم وشهادة الرعية لحاكمهم وعاملهم ومن له نوع ولاية عليهم لا تجوز قوله: **(ولم يذكر شهادة الدائن لمديونه الخ)** في فتاوى العلامة التمرتاشي: تقبل شهادة رب الدين لمديونه حال حياته إذا لم يكن مفلساً قولاً واحداً، واختلف فيما إذا شهد له في حال كونه مفلساً ففي المحيط: لا تقبل. وشمس الأئمة الحلواني والد صاحب المحيط قال: تقبل. وأما إذا شهد له بعد الموت فلا تقبل قولاً واحداً لتعلق حقه بالتركة

لشريكه فيما هو من شركتهما والمخنث والمغنية والنائحة والعدوّ إن كانت عداوة دنيوية

مفلساً. وفي المحيط: لا تقبل بدين له بعد موته. وهنا مسائل أخرى: الأولى ثلاثة قتلوا رجلاً فشهد اثنان منهم على أن الولي عفا عن الثالث تقبل عند محمد لا عند أبي يوسف. الثانية ثلاثة عليهم دين شهد اثنان منهم على الدائن بإبراء الثالث فعلى الخلاف إن كانا لم يقبضا وإلا فلا اتفاقاً. الثالثة شهد اثنان من الورثة على الباقي بأن هذا ابن الميت تقبل. الرابعة شهد الكفيلان بالعهدة على البائع بأنه قبض الثمن أو أبرأ المشتري منه لم تقبل كما في الخانية. واعلم أن في مسألة الشهادة بالعفو لو شهدوا أنه عفا عنا قال الحسن: تقبل إذا قال اثنان منهم عفا عنا وعن هذا الواحد فتقبل في حق الكل. وقال أبو يوسف: تقبل في حق الواحد وهي في الخانية. ونظير هذه ما في الخانية أيضاً: لو قال إن دخل داري أحد فعبد حر فشهد ثلاثة أنهم دخلوها قال أبو يوسف: إن قالوا دخلناها جميعاً لا تقبل، وإن قالوا دخلنا ودخل هذا تقبل. وسأل الحسن بن أبي يوسف عنها فقال: إن شهد ثلاثة بأنا دخلناها جميعاً تقبل، وإن شهد اثنان لا تقبل. فقال له الحسن: أصبت وخالفت أباك ا هـ.

قوله: **(والمخنث)** أي لا تقبل شهادته ومراده المخنث في الرديء من الأفعال لأنه فاسق، فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة؛ كذا في الهداية. وفي المغرب: المخنث في عرف الناس هو الذي يباشر الرديء من الأفعال أي أفعال النساء من التزين بزينتهن والتشبه بهن في الفعل والقول فالفعل مثل كونه محلاً للواطة، والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبيهاً بالنساء؛ كذا في البناية. وفي فتح القدير من أبواب الإمامة: المخنث بكسر النون وفتحها فإن كان الأول فهو بمعنى المتسكر في أعضائه المتلين في كلامه تشبيهاً بالنساء، وإن كان الثاني فهو الذي يعمل به لواطة ا هـ قوله: **(والمغنية والنائحة)** لارتكابهما محرماً لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية أي صوت النائحة والمغنية ووصف الصوت بصوت صاحبه. أطلق المغنية فشمل ما إذا كانت تغني وحدها لأن رفع صوتها حرام بخلاف الرجل، قيده بأن يغني للناس. وأطلق النائحة وهي مقيدة بالتي تنوح في مصيبة غيرها لارتكابها الحرام طمعاً في المال فتقبل شهادة النائحة في مصيبتها. وفي القاموس: ناح الرجل بكى واستبكى غيره قوله: **(والعدّوان كانت عداوة دنيوية)** أي لم تقبل شهادة العدّو لأجل الدنيا لأن المعاداة لأجلها حرام فمن ارتكبها لا يؤمن

كالموصى له؛ كذا في شرح الوهبانية اهـ. قوله: **(قال الحسن تقبل إذا قال اثنان منهم عفا عنا وعن هذا الواحد فتقبل)** إن كان المراد أن القائل اثنان فقط كما هو المتبادر من ظاهر العبارة فالظاهر أن القبول في حق سقوط القود عن الكل، وعليه فتجب الدية على الشاهدين فقط. وإن كان المراد أن كل اثنين قالا ذلك أو كل واحد قال ذلك فتسقط الدية عن الكل، وانظر ما وجه قول أبي يوسف. هذا وقد جعل المسألة في الأشباه مستثناة من قاعدة لا تقبل شهادة الإنسان لنفسه فقال محشيها

....

من التقول عليه. قيد بكونها دنيوية للاحتراز عما إذا كانت دينية فإنها لا تمنع لأنها تدل على كمال دينه وعدالته، وهذا لأن المعاداة قد تكون واجبة بأن رأى فيه منكراً شرعاً ولم ينته بنهيه بدليل قبول شهادة المسلم على الكافر مع ما بينهما من العداوة الدينية، والمقتول وليه على القاتل، والمجروح على الجارح، والزوج على امرأته بالزنا ذكره ابن وهبان. وفي خزانة المفتين: والعدّو من يفرح بحزنه ويحزن لفرحه وقيل يعرف بالعرف ا هـ. ومثال العداوة الدنيوية أن يشهد المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع، وفي إدخال الزوج هنا نظر فقد صرحوا بقبول شهادته عليها بالزنا إلا إذا قذفها أولاً، وإنما المنع مطلقاً قول الشافعي، وفي بعض الفتاوى وتقبل شهادة الصديق لصديقه ا هـ. ثم اعلم أن المصرح به في غالب كتب أصحابنا والمشهور على ألسنة فقهائنا ما ذكره المصنف من التفصيل، ونقل في القنية أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة وهو الصحيح وعليه الاعتماد، وما في الواقعات وغيرها اختيار المتأخرين، وأما الرواية المنصوصة فبخلافها. وفي كنز الرؤوس: شهادة العدو على عدوه لا تقبل لأنه متهم. وقال أبو حنيفة: تقبل إذا كان عدلاً. قال أستاذنا: وهو الصحيح وعليه الاعتماد لأنه إذا كان عدلاً تقبل شهادته وإن كان بينهما عداوة بسبب أمر الدنيا ا هـ.

واختاره ابن وهبان ولم يتعقبه ابن الشحنة لكن الحديث شاهد لما عليه المتأخرون كما رواه أبو داود مرفوعاً «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زانٍ ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه»[1] والغمر الحقد. ويمكن حمله على ما إذا كان غير عدل بدليل أن الحقد فسق للنهي عنه، وقد ذكر ابن وهبان رحمه الله تنبيهات حسنة لم أرها لغيره: الأول الذي يقتضيه كلام

الحموي تبعاً للرملي: لا يصح استثناء هذه المسألة من الضابط المذكور لأنه ليس فيها قبول شهادة الإنسان لنفسه ولا على قول الحسن، بل إنما قبلت على قوله في الوجه المذكور لأنها شهادة الاثنين كل منهم على عفو الولي عن الثالث، وأما شهادة كل لنفسه فلا قائل بها. والوجه في ذلك أن شهادة الاثنين للآخر لا تهمة فيها لعدم الاشتراك لوجوب القتل على كل واحد منهم كملاً فلم تجر منفعة فهي كشهادة غريمين لغريمين فتأمل اهـ. وفي حاشيتها للكفيري قال أبو حنيفة: تقبل في حق الواحد ويسقط القصاص عن الاثنين ويلزمهما بقية الدية، وذلك لأن الشهادة ليست لأنفسهما. وقال الحسن: تقبل في حق الكل وذلك لما فيه من اعتبار أن كل اثنين تكون شهادتهما لغيرهما، وإذا فرض ذلك فتحصل الشهادة في المعنى لكل من الاثنين للآخر فتقبل شهادة الكل اهـ. نقله بعض الفضلاء. وعلى هذا التقرير يصح الاستثناء لأن فيه قبول شهادة الإنسان لنفسه فتأمل.

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الأقضية باب ١٦. الترمذي في كتاب الشهادات باب ٢. ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ٣٠. أحمد في مسنده (٢/ ٢٠٤، ٢٠٨).

....

صاحب القنية والمبسوط أنا إذا قلنا إن العداوة قادحة في الشهادة تكون قادحة في حق جميع الناس لا في حق العدّو فقط وهو الذي يقتضيه الفقه فإن الفسق لا يتجزأ حتى يكون فاسقاً في حق شخص عدلاً في حق آخر ا هـ. قلت: ولهذا لم يقل المؤلف على عدّوه بل أطلقه. الثاني لو ادعى شخص عداوة آخر يكون مجرد دعواه اعترافاً منه بفسق نفسه ولا يكون ذلك قادحاً في عدالة المدعي أنه عدّو ما لم يثبت المدعي أنه عدّو له. الثالث لو قضى القاضي بشهادة العدّو على عدّوه أو على غير عدّوه هل يصح أو لا؟ إن قلنا إن المانع من قبول الشهادة هو الفسق فيكون حينئذ صحيحاً نافذاً لأن القاضي إذا قضى بشهادة الفاسق نفذ قضاؤه ويصح، وإن قلنا إنه لمعنى آخر أقوى من الفسق لا يصح في حق العدّو ويصح في حق غيره. وذكر ابن الكمال في إصلاح الإيضاح أن شهادة العدّو لعدّوه جائزة عكس شهادة الأصل لفرعه ا هـ. وهذا يدل على أنها إنما لم تقبل للتهمة لا للفسق. الرابع قد يتوهم بعض المتفقهة والشهود أن كل من خاصم شخصاً في حق وادعى عليه حقاً أنه يصير عدّوه فيشهد بينهما بالعداوة وليس كذلك، بل العداوة إنما تثبت بنحو ما ذكرت. نعم لو خاصم الشخص آخر في حق لا تقبل شهادته عليه في ذلك الحق كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ونحو ذلك لا أنه إذا تخاصم اثنان في حق لا تقبل شهادة أحدهما على الآخر لما بينهما من المخاصمة ا هـ. قلت: ويدل له ما في فتاوى قاضيخان من باب ما يبطل دعوى المدعي:

قوله: **(فإن الفسق لا يتجزأ الخ)** وهل يقاس على هذا الناظر إذا كان عليه إنظار وقف عديدة وثبت فسقه بسبب خيانته في واحد منها، فهل يسري فسقه في كلها فيعزل؟ أقول: مقتضى قوله إن الفسق لا يتجزأ السريان فليتأمل وليراجع. ثم رأيت ولله الحمد بعد مدة التصريح بذلك في فتاوى المفتي شيخ الإسلام أبي السعود العمادي المفسر ونصه في فتاويه من كتاب الوقف في ناظر على أوقاف متعددة ظهرت خيانته في بعض من الأوقاف هل يلزم عزله من الكل أو لا؟ الجواب لا بد من ذلك ألبتة اهـ. بحروفه.

كذا رأيته بخط منلاعلي أمين الفتوى بدمشق الشام في هامش نسخته. وكتب الرملي هنا الظاهر من كلامهم أن عدم القبول إنما هو للتهمة لا للفسق، ويؤيده ما يأتي عن ابن الكمال وما صرح به يعقوب باشا، وكثير من علمائنا صرح بأن شهادة العدوّ على عدوّه لا تقبل فالتقييد بكونها على عدوّه ينفي ما عداه وهو المتبادر للأفهام فتأمله اهـ. أقول: أنت خبير بأن فعل الكبيرة والإصرار على الصغيرة قادح في العدالة، وقد شرط في القنية لعدم القبول كونه فسق بتلك العداوة، وعلى هذا فعدم قبولها مطلقاً ظاهر، وينبغي تقييده بما إذا كانت عداوة ظاهرة كما يفيده ما يأتي عن الفتح في شرح قوله «أو يرتكب ما يوجب الحد» فتحرر أن الوجه عدم القبول مطلقاً، والتعليل بالاتهام كما مر عن كنز الرؤوس لا ينافيه لأن الفاسق لا يقبل للاتهام أيضاً، وما يأتي عن ابن الكمال يمكن حمله على ما إذا لم يفسق بها فليتأمل قوله: **(لأن القاضي إذا قضى بشهادة الفاسق نفذ قضاؤه ويصح)** قال

ومدمن الشرب على اللهو ومن يلعب بالطنبور أو يغني للناس أو يرتكب ما يوجب

رجل خاصم رجلاً في دار أو في حق ثم إن هذا الرجل شهد عليه في حق آخر جازت شهادته إذا كان عدلاً ا هـ. واعلم أنه لو شهد على رجل آخر فخاصمه في شيء قبل القضاء لا يمتنع القضاء بشهادته إلا إذا ادعى أنه دفع له كذا لئلا يشهد عليه وطلب الرد وأثبت دعواه ببينة أو إقرار أو نكول، فحينئذ بطلت شهادته وهو جرح مقبول كما صرحوا به وسيأتي في بيان الجرح. الخامس إذا قلنا لا تجوز شهادة العدّو على عدّوه إذا كانت دنيوية هل الحكم في القاضي كذلك حتى لا يجوز قضاء القاضي على من بينه وبينه عداوة دنيوية؟ لم أقف عليه في كتب أصحابنا وينبغي أن يكون الجواب فيه على التفصيل؛ إن كان قضاؤه عليه بعلمه ينبغي أن لا ينفذ، وإن كان بشهادة العدول وبمحضر من الناس في مجلس الحكم بطلب خصم شرعي ينبغي أن ينفذ. وفرق الماوردي من الشافعية بينهما بأن أسباب الحكم ظاهرة وأسباب الشهادة خافية ا هـ.

قوله: **(ومدمن الشرب على اللهو)** أي لا تقبل شهادة المداوم على شرب ما لا يحل شربه فأطلق اللهو على المشروب، وظاهره أنه لا بد من الإدمان في حق الخمر أيضاً. وفي الخانية: إنما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس فإن من اتهم بشرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وإن كانت كبيرة، وإنما تبطل إذا ظهر ذلك أو يخرج سكران يسخر منه الصبيان لأن مثله لا يحترز عن الكذب، واختاره المصنف في الكافي وفي النهاية معزياً إلى الذخيرة: لا يجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال: بشرط الإدمان. ولم يرد به الإدمان في الشرب وإنما أراد به الإدمان في النية يعني يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجده. ولا تجوز شهادة مدمن السكر وأراد به السكر بسائر الأشربة سوى الخمر لأن المحرم في سائر الأشربة السكر فشرط

الرملي: وصرح يعقوب باشا في حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضي بشهادة العدوّ على عدوّه. وأقول: وقياسه يقتضي أن العصبية كذلك فلا ينفذ قضاء القاضي بشهادته لأنه الذي يبغض الرجل لكونه من بني فلان أو من قبيلة كذا كما سيأتي في الحاشية قريباً منقولاً عن معين الحكم فتأمله.

قوله: **(فأطلق اللهو على المشروب الخ)** قال في المنح: هو خلاف الظاهر من العبارة لأن الظاهر منها أن معنى مدمن الشرب أي مداوم شرب الخمر على اللهو. وقال الزيلعي أي مداوم شرب الخمر لأجل اللهو لأن شربها كبيرة، وقال منلا خسرو: ومدمن الشرب أي شرب الأشربة المحرمة فإن إدمان شرب غيرها لا يسقط الشهادة ما لم يكن على اللهو اهـ. فأفاد كلامه أن الشرب على اللهو إنما هو شرط في غير الأشربة المحرمة أما فيها فلا يشترط، وهذا يوافق كلام صاحب البحر. والظاهر أن هذا هو الذي أحوجه إلى ما ذكره من حمل اللهو في كلام الكنز على المشروب وهو مخالف لكلام الزيلعي فإنه جعله شرطاً في الخمر أيضاً والظاهر خلافه لأن شرب الخمر كبيرة ترد الشهادة بها، سواء شربت على اللهو أم لا، وظاهر كلامهم أنه لا بد من الإدمان في حق الخمر

....

الإدمان على السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فشرط الإدمان على الشرب ا هـ. والتحقيق خلاف كل من القولين وأن الإدمان بالفعل أو النية ليش بشرط في الخمر لأن شرب قطرة كبيرة منها وهي مسقطة للعدالة من غير إصرار، وإنما ذكر المشايخ الإدمان ليظهر شربه عند القاضي لا أنه شرط كقولهم إن النائحة لا تسقط عدالتها إلا إذا كانت نائحة في مصيبة غيرها مع أن النياحة كبيرة للتوعد عليها لكن لا يظهر إلا في مصيبة غيرها غالباً. وأما في غير الخمر فلا بد من الإدمان لأن شربه صغيرة والقولان في تفسير الإدمان محكيان في تفسير الإصرار عليها. وذكر ابن الكمال أن شرب الخمر ليس بكبيرة فلا تسقط العدالة إلا بالإصرار عليه. قال في الفتاوى الصغرى: ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد لم يثبت بنص قاطع إلا إذا داوم على ذلك ا هـ. وهو غلط من ابن الكمال لما قدمناه عن المشايخ من التصريح بأن شربها كبيرة ولمخالفته للحديث المشهور في الكبائر أنها سبع وذكر منها شرب الخمر، وليس في كلام الصغرى أنها صغيرة كما لا يخفى لكن في تعليله نظر لأن الكلام فيها لا في الحد وحرمتها تثبتت بدليل مقطوع به ولذا قالوا: يكفر مستحلها. وسقوط العدالة إنما هو بسبب شربها لا بسبب وجوب الحد عليه. وذكر الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء إن الخصاف أسقط العدالة بشرب الخمر من غير إدمان ومحمد شرط الإدمان لسقوطها وهو الصحيح ا هـ. وفي العتابية: لا تسقط عدالة أصحاب المروءات بالشرب مالم يشتهر. وفي الظهيرية: من سكر من النبيذ بطلت عدالته في قول الخصاف لأن السكر حرام عند الكل. وقال محمد: لا تبطل عدالته إلا إن اعتاد ذلك ا هـ. وهو عجيب من محمد لأنه قال بحرمة قليله ولم يسقطها بكثيره، وظاهره أنه يقول بأن السكر منه صغيرة فشرط الاعتياد. فإن قلت: هل لشارب الخمر أن يشهد إذا لم يطلع عليه؟ قلت: نعم لما في الملتقط: وإذا كان في الظاهر عدلاً وفي السر فاسقاً فأراد القاضي أن يقضي بشهادته لا يحل له أن يذكر فسقه لأنه هتك السر وإبطال حق المدعي ا هـ. ولا فرق في السكر المسقط لها

أيضاً اهـ. قوله: **(والتحقيق خلاف كل من القولين)** قال الرملي في حاشية المنح: لا يخفى حسن ما في النهاية معزواً إلى الذخيرة لأنه إذا نوى أن يشرب ذلك فهو فاسق لم يتب بخلاف ما إذا قطع عنه فإنه فاسق تاب ومثله مقبول الشهادة وبه ينحل الإشكال تأمل اهـ. لكن في هوامش ابن الكمال المعزوة إليه بعد نقله ما في الذخيرة: ولا يذهب عليك أنه أمر خفي لا يصلح أن يكون مداراً لعدم قبول الشهادة اهـ. ومثله في فتح القدير قوله: **(وهو عجيب من محمد الخ)** فيه نظر ظاهر يعلم مما قدمه عن الصدر الشهيد من أن الإدمان على شرب الخمر شرط لسقوط العدالة عند محمد مع أنه ممن يقول بأن مجرد شرب الخمر حرام ولو بدون إدمان وإسكار ولهذا قال المقدسي: وإنما فعل ذلك محمد يعني حيث اشترط الاعتياد على السكر من النبيذ للاحتياط فمنع القليل يعني من المسكر ولم يسقط

....

بين المسلم والذمي لما في الملتقط: وإذا سكر الذمي لا تقبل شهادته. وفي المصباح: اللهو معروف وأصله ترويح النفس بما لا تقتضيه الحكمة ا هـ. وذكر الشارح لا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والشرب وإن لم يشرب لأنه تشبه بهم ولا يحترز أن يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور ا هـ. وفي قوله «على اللهو» إشارة إلى أنه لو شربها للتداوي لم تسقط عدالته لأن للاجتهاد فيه مساغاً ذكره ابن الكمال.

قوله: **(ومن يلعب بالطنبور)** أي لا تقبل شهادته وفسره في الهداية بالمغني وفي نسخة أخرى بالطيور لأنه يورث غفلة، وهو محمول على ما إذا كان يقف على عورات النساء لصعوده سطحه ليطير طيره، فأما إمساك الحمام في بيته للاستئناس لا يسقطها لأن إمساكها في البيوت مباح؛ كذا في النهاية. وزاد في المعراج أن إمساكها لحمل الكتب كما في ديار مصر والشام مباح إلا إن كانت تجر حمامات أخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فيأكل ويبيع لأنه ملك الغير ولا يحل له فسقطت عدالته؛ كذا ذكر الشارح، يعني وإن لم يقف على العورات بصعود السطح كما في المعراج. وأراد المؤلف بالطنبور كل لهو كان شنيعاً بين الناس احترازاً عما لم يكن شنيعاً كضرب القضيب فإنه لا يمنع قبولها إلا أن يتفاحش بأن يرقصوا به فيدخل في حد الكبائر؛ كذا في المحيط. وقد ذكر المشايخ هنا حديثاً مرفوعاً «ما أنا من دد ولا الدد مني» قال في الصحاح: الدد اللهو واللعب وفيه ثلاث لغات تقول هذا دد وددا مثل نقا وددن ا هـ. وذكر القطب في حاشية الكشاف من سورة النساء الدد اللهو واللعب والتنكير في دد للشيوع أي ما أنا في شيء من اللهو، والتعريف في الدد للعهد كأنه قال ولا ذلك النوع مني ا هـ. وذكر الكرماني من شركات شرح البخاري أن «من» في الحديث تسمى اتصالية. وفي الولوالجية: اللاعب بالصولجان يريد به الفروسية جازت شهادته لأنه غير محظور ا هـ. وفي الخانية: وإن لعب بشيء من الملاهي ولم يشغله ذلك عن الفرائض لا تبطل عدالته، والملاعبة بالأهل والفرس لا تبطل العدالة ما لم يمنعه ذلك عن الفرائض، فإن كان اللعب بالملاهي لا يشغله عنها إلا أنه شنيع بين الناس كالمزامير والطنابير فكذلك، وإن لم يكن شنيعاً نحو الحداء وضرب القضيب لا إلا إذا فحش بأن كانوا يرقصون عند ذلك ا هـ.

قوله: **(أو يغني للناس)** لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة؛ كذا في الهداية. وظاهره أن الغناء كبيرة وإن لم يكن للناس بل لإسماع نفسه دفعاً للوحشة وهو قول شيخ الإسلام فإنه

العدالة إلا إذا اعتاد ولم يكتف بالكثرة اهـ. فإن قلت: لم اشترط الإدمان في الشرب دون غيره مما يوجب الحد؟ قلت: ذكر البرجندي أن الوقوع في الشرب أكثر من الوقوع في غيره فلو جعل مجرد الشرب مسقطاً للعدالة أدى إلى الحرج اهـ. أبو السعود.

قوله: **(وظاهره أن الغناء كبيرة وإن لم يكن للناس)** لأنه جعل الغناء الذي جمع الناس عليه

....

قال بعموم المنع، والإمام السرخسي إنما منع ما كان على سبيل اللهو. ومنهم من جوّزه للناس في عرس أو وليمة، ومنهم من جوّزه لإسماع نفسه دفعاً للوحشة، ومنهم من جوّزه ليستفيد به نظم القوافي وفصاحة اللسان، والعجب من المصنف في الكافي أنه علل بما علل به في الهداية وجوّزه إذا كان لإسماع نفسه إزالة للوحشة، وفي فتح القدير: التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر والمهيج إليها والديريات والحانات والهجاء لمسلم أو ذمي إذا أراد المتكلم هجاءه لا إذا أراد إنشاء الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحة وبلاغة إلى أن قال: وفي الأجناس سئل محمد بن شجاع عن الذي يترنم مع نفسه قال: لا يقدح في شهادته وأما القراءة بالألحان فأباحها قوم وحظرها قوم، والمختار إن كانت الألحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدوراتها فمباح وإلا فغير مباح؛ كذا ذكر وقدمنا في باب الأذان ما يفيد أن التلحين لا يكون إلا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل ا هـ. وفي المعراج الملاهي نوعان: محرم وهو الآلات المطربة من غير الغناء كالمزمار سواء كان من عود أو قصب كالشبابة أو غيره كالعود والطنبور لما روى أبو إمامة أنه عليه الصلاة والسلام قال «إن الله بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير» ولأنه مطرب مصد عن ذكر الله تعالى. والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره في غيره لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه لما سمع صوت الدف بعث فنظر فإن كان فيه وليمة سكت، وإن كان في غيره عمده بالدرة، وهو مكروه للرجال على كل حال للتشبه بالنساء ا هـ. ونقله في فتح القدير ولم يتعقبه، ونقل البزازي في المناقب الإجماع على حرمة الغناء إذا كان على آلة كالعود، وأما إذا كان بغيرها فقد علمت الاختلاف، ولم يصرح الشارحون بالمذهب. وفي البناية والعناية: التغني للهو معصية في جميع الأديان. قال في الزيادات: إذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنيين والمغنيات خصوصاً إذا كان من المرأة ا هـ. فقد ثبت نص المذهب على حرمته فانقطع الاختلاف. وفي ضياء الحلوم: الغناء على وزن فعال صوت المغني والغنى كثرة المال ا هـ. فالأول ممدود والثاني مقصور.

كبيرة، ويمكن حمله على ما قاله السرخسي بأن يكون كبيرة بسبب الاجتماع عليه ويؤيده كلام المصنف في الكافي وهو المتبادر من لفظ «يغني للناس» وعلى ذلك حمله في العناية. ويؤيده ما يأتي في الهامش عن ابن الكمال والعيني من أنه لو كان لنفسه ليزيل الوحشة عنها لا تسقط عدالته في الصحيح فهذا التصحيح موافق لهذا المتن كغيره من المتون فكان عليه المعوّل فلا تغفل.

قوله: **(فقد ثبت لص المذهب على حرمته)** إن أراد أنه حرام مطلقاً فهو مخالف لما حمله عليه في البناية والعناية فإنهما استدلا بعبارة لزيادات على أنه معصية لقصد اللهو فلم يجرياه على عمومه فهو

....

قوله: **(أو يرتكب ما يوجب الحد)** للفسق. ولو قال «أو يرتكب كبيرة» لكان أولى. واختلف العلماء في الكبيرة والصغيرة على أقوال بيناها في شرح المنار في قسم السنة. وفي الخلاصة بعد أن نقل القول بأن الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال: وأصحابنا لم يأخذوا بذلك وإنما بنوا على ثلاثة معان: أحدها ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة. والثاني أن يكون فيه منابذة المروءة والكرم فكل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة. والثالث أن يكون مصراً على المعاصي والفجور ا هـ. وتعقبه في فتح القدير بأنه غير منضبط وغير صحيح. وما في الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته، وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن، ونقله عن أدب القضاء لعصام وعليه المعول غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور فلذا شرط في شرب المحرم الإدمان ا هـ. ولا بأس بذكر ما اطلعنا عليه من كلامهم فيما يسقطها مما لم يكن في الكتاب في الذخيرة والمحيط الإعانة على المعاصي والحث عليها كبيرة قالوا: ولا تقبل شهادة بائع الأكفان. وقيده شمس الأئمة السرخسي بما إذا ترصد لذلك العمل وإلا فتقبل لعدم تمنية الموت والطاعون. ولا تقبل شهادة الصكاكين لأنهم يكتبون بخلاف الواقع والصحيح قبولها إذا غلب عليهم الصلاح. ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف، ولا تقبل شهادة من يشتم أهله ومماليكه كثيراً لا أحياناً، وكذا الشتام للحيوان كدابته، وأما في ديارنا فكثيراً يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يد من باعك، ولا من يحلف في كلامه كثيراً، ولا تقبل شهادة البخيل؛ الكل من فتح القدير. والذي أخر الفرض بعد وجوبه إن كان له وقت معين كالصوم والصلاة بطلت عدالته إلا أن يكون لعذر، وإن لم يكن له وقت معين كالزكاة والحج اختلف الرواية فيه والمشايخ، وذكر الخاصي عن فتاوى قاضيخان الفتوى على سقوطها في تأخير الزكاة من غير عذر بخلاف تأخير الحج ا هـ. وفي خزانة الأكمل: إذا أخر الزكاة والحج من غير عذر بطلت وبه نأخذ ا هـ. وتمامه في شرح

موافق لما قاله الإمام السرخسي فكان محتملاً لكل من القولين. نعم ظاهره الإطلاق وقد يقال لفظة المغنين ظاهرة في أن المراد من اتخذه حرفة وعادة، ثم رأيت في الفتح قال: إن اسم مغنية ومغنٍ إنما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها المال ألا ترى أنه إذا قيل ما حرفة فلان أو ما صناعته يقال مغنٍ كما يقال خياط وحداد إلى آخر كلامه. وفي إيضاح الإصلاح: إنما قال يغني للناس أي يسمعهم لأنه لو كان لإسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير ظن أن يسمع غيره لا بأس به ولا يسقط عدالته في الصحيح اهـ. وهكذا قال في شرح العيني ثم قال: وإن أنشد شعراً فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق الخ. ونحوه ما مر عن الفتح من قوله «المحرم هو ما كان الخ» فتدبر قوله: **(لأنهم يكتبون بخلاف الواقع)** قال في الخلاصة: لأنهم يكتبون هذا ما اشترى

....

منظومة ابن وهبان له. وفي القنية: ركوب البحر لا يمنع قبول شهادتهم. وفي شرح أدب القاضي للشهيد حسام الدين: أسباب الجرح كثيرة منها ركوب بحر الهند لأنه مخاطرة بنفسه ودينه من سكنى دار الحرب وتكثير سوادهم وعددهم لأجل المال ومثله لا يبالى بشهادة الزور، ومنها التجارة في قرى فارس لأنهم يطعمونهم الربا وهم يعلمون ولو شهد قبل أن يستشهد تسمع شهادته بعد ذلك ا هـ. وفي البزازية: ولا تجوز شهادة من ترك الصلاة بجماعة إلا إذا تركها بتأويل ولا تارك الجمعة إلا بتأويل ولا تارك الصلاة ا هـ. وفي الملتقط. وعن خلف: من خرج للنظر إلى قدوم الأمير فليس بعدل وكذا من شهد على صك مقاطعة النخاسين وهو ملعون، وكذا كل من شهد على باطل إذا عرفوه وإلا فتقبل. وفي الجوهرة: ولا تقبل شهادة النخاس وهو الدلال إلا إذا كان عدلاً لم يكذب ولا يحلف ا هـ.

ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الغناء أو يتبع صوت المغنية ولا من يسمع الغناء وشهادة الشاعر ما لم يقذف في شعره مقبولة إلا إذا هجا ا هـ. وقد حرر ابن وهبان مسألة الشتم والخروج لقدوم الأمير تحريراً حسناً أحببت ذكره هنا. الأولى قال: والفقه في ذلك أن الشتم لا يخلو إما أن يكون بما فيه أو بما ليس فيه في وجهه أو في غيبته، فإن كان بما ليس فيه فهو كذب وافتراء فيفسق به سواء كان في وجهه أو في غيبته، وإن كان بما فيه في غيبته فهو غيبة وأنها توجب الفسق، وإن كان في وجهه ففيه إساءة أدب أنه من صنيع رعاعة الناس وسوقتهم الذين لا مروءة لهم ولا حياء فيهم وأن ذلك مما يسقط العدالة، وكذا إذا كان السب باللعنة والإبعاد مما يفعله من لا خلاق لهم من السوقة وغيرهم، ومما يؤيد ذلك ما ورد في الحديث «سباب المسلم فسوق وقتاله كفر»[1]. قال ابن الأثير في النهاية: السب الشتم يقال سبه يسبه سباً وسباباً. قيل هذا محمول على من سبه أو قاتل مسلماً بغير تأويل، وقيل إنما قال ذلك على جهة التغليظ لا أنه يخرجه إلى الكفر والفسق وأقول: هذا خلاف الظاهر ا هـ. الثانية قال قاضيخان: إذا قدم الأمير بلدة فخرج الناس وجلسوا على الطريق ينتظرون قال خلف: بطلت عدالتهم إلا أن يذهبوا للاعتبار فحينئذ لا تبطل ا هـ. وحاصله أنها لا تبطل إلا إذا كان الأمير لا يصلح للتعظيم ولم يخرجوا للاعتبار، والفقه فيه أنهم إذا خرجوا

وسلم وقبض وضمن الدرك وإن لم يكن شيء من ذلك موجوداً فيكون كذباً، ولا فرق بين الكذب بالكتاب وبين الكذب بالقول، والصحيح أنها تقبل إذا كان غالب حاله الصلاح، وما ذكر من الكذب عفو لأنهم يحققون ما كتبوا اهـ. قوله: (**من ترك الصلاة بجماعة**) أي إن تركها مجاناً شهراً كما سيذكره قريباً عن التهذيب.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الإيمان باب ٣٦. مسلم في كتاب الإيمان حديث ١١٦. الترمذي في كتاب البر باب ٥١. ابن ماجه في كتاب الفتن باب ٤. أحمد في مسنده (١/ ١٧٦).

....

لغير هذين الأمرين يكون طلوعهم من باب العبث واللعب وهو حرام، أو من أجل تعظيم من لا يستحق التعظيم وهو حرام أيضاً، والشخص إذا ارتكب حراماً قدح في عدالته وينبغي أن يكون ذلك على ما اعتاده أهل البلد، فإن كان من عادة أهل البلد أنهم يفعلون ذلك ولا ينكرونه ولا يستخفونه فينبغي أن لا يقدح ا هـ.

وذكر العلامة ابن الشحنة بعده وفي واقعات عمر بن مازة تعليل عدم قبول شهادتهم بأن الطريق حق العامة فلم تعمل للجلوس فإذا جلس فقد شغل حق العامة فصار مرتكباً للحرام فسقطت عدالته. وفي الفتاوى الصغرى: لا تقبل شهادة من وقف على الطريق لأنه شغل الطريق، وهذا التعليل يفيد أن الخروج إذا تجرد عن شغل الطريق لا يكون قادحاً مطلقاً ولا ينافيه ما تقدم إذا تأملته فقول المصنف «ينبغي إلى آخره» ليس كما ينبغي ا هـ. وشرط في التهذيب لمنع شهادة المغني أن يأخذ جزاء عليه، ولتارك الجماعة أن يتركها مجاناً شهراً. وفي خزانة الفتاوى: إذا قدم الأمير بلدة فخرج الناس وجلسوا في الطريق ونظروا إليه قال خلف بطلت شهادتهم إلا أن يذهبوا للاعتبار، والفتوى أنهم إذا خرجوا لتعظيم من لا يستحق التعظيم لا للاعتبار تبطل عدالتهم ولا تقبل شهادة أهل السجن بعضهم على بعض فيما يقع في السجن، وكذا شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما يقع في الملاعب، ومنها شهادة النساء فيما يقع في الحمامات لا تقبل وإن مست الحاجة ا هـ.وذكر ابن وهبان معزياً إلى شرح أدب القضاء للحسام الشهيد: لا تقبل شهادة الأشراف من أهل العراق لأنهم قوم يتعصبون فإذا نابت أحداً منهم نائبة أتى سيد قومه فيشفع فلا يؤمن أن يشهد له بزور ا هـ. وعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته. وفي المجتبى: من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر

قوله: **(فقول المصنف ينبغي الخ)** أي قول ابن وهبان وينبغي أن يكون ذلك على ما اعتاده أهل البلد الخ قال الرملي: فتحرر من مجموع ما ذكر أنه إن كان الأمير غير صالح قدح في العدالة، وإن كان صالحاً ولم يشغل الطريق لا يقدح، وإن شغله قدح وأنت على علم بأن الحكم يدور مع العلة والعلة في القدح ارتكاب ما هو محظور وشغل الطريق محظور وتعظيم الفاسق كذلك فعلى ذلك يدور الحكم.

فائدة: شاهد تظهر عليه كرامة مع فسقه هل تقبل شهادته أم لا؟ الظاهر لا. وقد سئل ابن حجر الهيتمي الشافعي عنها فأجاب بقوله: لا تقبل فقد قال الشافعي رحمه الله: لو رأيت صاحب بدعة يطير في الهواء لم أقبله حتى يتوب عن بدعته؛ ذكره أبو نعيم. قد تظهر الكرامة على يد فاسق بل كافر كالسامري فإنه رأى فرس جبريل عليه السلام حتى أخذ من تراب حافرها وجعله في العجل فخار. ونقل ابن العماد عن الشيخ أبي محمد النيسابوري أنه قال: يجب على الولي إخفاء الكرامة اهـ. ولا شيء من قواعدنا يأباه قوله: **(وعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته)** قال الرملي قال الغزي قلت: وفي الخلاصة من كتاب القضاء: فإن عدله اثنان وجرحه اثنان فالجرح أولى إلا إذا كان بينهم

الحد أو يدخل الحمام بغير إزار أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج أو تفوته

الكذب من أعظم الكبائر. وعن شداد أنه رد شهادة شيخ معروف بالصلاح لمحاسبة ابنه في النفقة في طريق مكة. من سمع الأذان فانتظر الإقامة سقطت عدالته ا هـ. وصرح في المحيط البرهاني بأن الفرع الأخير مفرع على قول من ضيق في تفسير العدل بأنه من لم يرتكب ذنباً وليس هو المعتمد، وفي حفظي قديماً من الكتب أن من ترك الاشتغال بالعلم المفروض عليه لم تقبل شهادته لكن ما رأيته الآن وفي المحيط البرهاني معزياً إلى الأقضية إذا أسلم الرجل وهو لا يقرأ القرآن فشهادته مقبولة يريد بقوله لا يقرأ القرآن لا يتعلم القرآن للحال لأنه عدل مسلم فإذا لم يتعلم القرآن للحال لا يصير فاسقاً ا هـ. وفي خزانة الأكمل وقال بعض أصحابنا: لا تقبل شهادة من ترك ركعتي الفجر قوله: **(أو يدخل الحمام بغير إزار)** لأن كشف العورة حرام ورأى أبو حنيفة رجلاً في الحمام بغير إزار فقال:

ألا يا عباد الله خافوا إلهكم ولا تدخلوا الحمام من غير مئزر.

وعلى هذا فرعوا كما قدمناه عدم قبول شهادة النساء في الحمامات. وذكر الكرخي أن من يمشي في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لأنه تارك للمروءة ا هـ قوله: **(أو يأكل الربا)** لأنه من الكبائر أي يأخذ القدر الزائد فالمراد بالأكل الأخذ وإنما ذكره تبعاً للآية ﴿الذين يأكلون الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وإنما ذكره في الآية لأنه معظم منافع المال ولأن الربا شائع في المطعومات، والمراد بالربا بالقدر الزائد لا الزيادة وهي المرادة في قوله تعالى ﴿وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] كما بيناه في بابه. وأطلقه المؤلف تبعاً لكثير، وقيده في الأصل بأن يكون مشهوراً به، وعلله في الهداية بأن الإنسان قل ما ينجو عن مباشرات العقود الفاسدة وكل ذلك ربا ا هـ. وهو أولى مما قيل لأن الربا ليس بحرام محض لأنه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وإن كان غاصباً مع ذلك فكان ناقصاً في

تعصب فإنه لا يقبل جرحهم لأن أصل الشهادة لا تقبل عند العصبية فالجرح أولى اهـ. وفي معين الحكام في موانع قبول الشهادة قال: ومنه العصبية وهو أن يبغض الرجل الرجل لأنه من بني فلان أو من قبيلة كذا اهـ. أقول: من التعصب أن يبغضه لأنه من حزب فلان أو من أصحابه أو من أقاربه أو منسوبيه اهـ. قوله: **(من سمع الأذان فانتظر الإقامة سقطت عدالته)** نقل عن الحموي أن الظاهر أن المراد أذان الجمعة قوله: **(وفي حفظي قديماً الخ)** قال الرملي: قدم في التعزير في شرح قوله «ومن قذف مملوكاً أو كافراً الخ» عازياً إلى المجتبى أن من ترك الاشتغال بالفقه لا تقبل شهادته اهـ. ورأيت بخط منلا علي التركماني في هامش نسخته هنا عن فتاوى الحانوتي سئل فيمن لا يعرف الإيمان ولا الواجب للصلاة والفرض ولا السنة المستحب ولا غير ذلك هل تقبل شهادته؟ أجاب: تعلم هذا القدر من العلم فرض عين فإذا لم يتعلم كان مانعاً عن قبول شهادته كما نقله في البحر عن المجتبى في فصل التعزير والله تعالى أعلم.

الصلاة بسببهما أو يبول أو يأكل على الطريق أو يظهر سب السلف وتقبل لأخيه وعمه

كونه كبيرة بخلاف أكل مال اليتيم ترد شهادته بمرة، والأوجه ما قيل لأنه إن لم يشتهر به كان الواقع ليس إلا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به كما قدمناه في وجه تقييد شرب الخمر بالإدمان ولا يصح قوله إنه ليس بحرام محض بعد الاتفاق على أنه كبيرة والملك بالقبض شيء آخر، وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد وأنت تعلم أنه لا بد من الظهور للقاضي فلا فرق بين الربا ومال اليتيم. والحاصل أن الفسق نفسه مانع شرعاً من قبولها غير أن القاضي لا يرتكب ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء. وفرق الزيلعي بينهما بأن أكل مال اليتيم لم يدخل تحت ملكه ومال الربا دخل فلا يفيد شيئاً كما لا يخفى. قوله: **(أو يقامر بالنرد والشطرنج أو تفوته الصلاة بسببهما)** لأن كل ذلك من الكبائر وظاهر تقييده بما ذكر استواء النرد والشطرنج وليس كذلك فإن اللعب بالنرد مبطل للعدالة مطلقاً كما في العناية وغيرها للإجماع على حرمته بخلاف الشطرنج لأن للاجتهاد فيه مساغاً لقول مالك والشافعي بإباحته وهو مروي عن أبي يوسف كما في المجتبى من الحظر والإباحة، واختارها ابن الشحنة إذا كان لإحضار الذهن، واختار أبو زيد الحكيم حله؛ ذكره شمس الأئمة السرخسي كذا في المحيط البرهاني. وفي النوازل سئل أبو القاسم عمن ينظر إلى لاعبيه من غير لعب أيجوز؟ فقال: أخاف أن يصير فاسقاً ا هـ. وفيه إذا قامر به سقطت عدالته إجماعاً، وفي الميسر اسم لكل قمار. والحاصل أن العدالة إنما تسقط بالشطرنج إذا وجد فيه واحد من خمس: القمار، وفوت الصلاة بسببه، وإكثار الحلف عليه، واللعب به على الطريق كما في فتح القدير أو يذكر عليه فسقاً كما في السراج الوهاج وإلا فلا بخلاف النرد فإنه مسقط لها مطلقاً. والنرد كما في المصباح لعبة معروفة وهو معرب ا هـ. وفي القاموس: إنه وضعه أردشير بن بابك ولهذا يقال النردشير ا هـ. وفي فتح القدير: ولعب الطاب في بلادنا مثله لأنه يرمى ويطرح بلا حساب وإعمال فكر وكلما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام مطلقاً ا هـ. وأما الشطرنج فسنتكلم عليه وعلى واضعه في محله من الحظر والإباحة، وأما القمار فقدمنا أنه الميسر. وفي القاموس: قامره مقامرة وقماراً فقمره كنصره وتقمره راهنه فغلبه وهو التقامر ا هـ. وذكر النووي أنه مأخوذ من القمر لأن ماله تارة يزداد إذا غلب وينتقص إذا غلب كالقمر يزيد وينقص ا هـ. وعلى هذا فلا بد في القمار من الرهان من الجانبين لتسقط العدالة كالسباق بالخيل والإقدام والدرس، وذكر في يتيمة الدهر من الحدود أن اللعب بالشطرنج من القمار. وفي القاموس: الشطرنج ولا يفتح أوله لعبه والسين لغة فيه ا هـ.

قوله: **(أو يبول أو يأكل على الطريق)** لأنه تارك للمروءة وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم، وقدمنا أن اللعب بالشطرنج على الطريق كذلك. والمراد بالأكل على الطريق والبول بأن يكون بمرأى من الناس ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي

....

من جانب البركة والناس حضور وقد كثر في زماننا؛ كذا في فتح القدير. وأشار المؤلف بما ذكره إلى أن ما يخل بالمروءة يمنع قبولها وإن لم يكن محرماً ولذا قال في الهداية: ولا تقبل شهادة من يفعل الأفعال المستحقرة مثل البول والأكل على الطريق، والمروءة أن لا يأتي الإنسان بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند أهل الفضل. وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنيء والسخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف إذا كان قليل الغزل؛ كذا في فتح القدير والمعراج. وفي غاية البيان من فصل التعزير قال محمد: وعندي المروءة الدين والصلاح، وقد ذكر مشايخنا مما يخل بالمروءة أشياء نذكرها فمنها الأمور الأربعة المذكورة، ومنها ما في فتح القدير أخذاً من المعراج المشي بسراويل فقط، ومد رجله عند الناس، وكشف رأسه في موضع يعد فعله خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء، مصارعة الشيخ الأحداث في الجامع، ومن ذلك ما حكي أن الفضل بن الربيع شهد عند أبي يوسف فرد شهادته فشكاه إلى الخليفة فقال الخليفة: إن وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته؟ قال: لأني سمعته يوماً قال للخليفة أنا عبدك فإن كان صادقاً فلا شهادة للعبد، وإن كان كاذباً فكذلك. فعذره الخليفة. زاد في فتح القدير بعده والذي عندي أن رد أبي يوسف شهادته ليس للكذبة لأن قول الحر للغير أنا عبدك إنما هو مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكوني تحت أمرك ممتثلاً له على إهانة نفسي في ذلك إلى آخره. وليس منها الصناعة الدنية كالقنواتي والزبال والحائك فإن الصحيح القبول إذا كان عدلاً، ومثله النخاسون والدلالون، والعامة على قبول شهادة الأعرابي والقروي إذا كان عدلاً ا هـ. وقد ذكرنا في شرح المنار أن منها سرقة لقمة والإفراط في المزح المفضي إلى الاستخفاف وصحبة الأراذل والاستخفاف بالناس ولبس الفقيه قباء ولعب الحمام ا هـ. ثم اعلم أنهم شرطوا في الصغيرة الإدمان وما شرطوه في فعل ما يخل بالمروءة فيما رأيت، وينبغي اشتراطه بالأولى وإذا فعل ما يخل بها فقد سقطت عدالته وإن لم يكن فاسقاً به حيث كان مباحاً ففاعل المخل بها ليس بعدل ولا فاسق، فالعدل من اجتنب الثلاثة والفاسق من فعل كبيرة أو أصر على صغيرة ولم أر من نبه عليه. وفي العتابية: لا تقبل شهادة من يعتاد الصياح في الأسواق.

قوله: **(أو يظهر سب السلف)** لظهور فسقه. قيد بالظهور لأنه لو كتمه تقبل؛ كذا في الهداية. ولو تبرأ من الصحابة تقبل كما في العناية. والسب الشتم كما قدمناه والسلف كما في النهاية الصحابة والتابعون وأبو حنيفة ا هـ. وزاد في فتح القدير وكذا العلماء. ولو قال

قوله: **(زاد في فتح القدير الخ)** قال الرملي: تمام ما في فتح القدير والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع فإن وجه الشبه ليس كذباً محظوراً شرعاً ولذا وقع المجاز في القرآن ولكنه رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من إذلال نفسه وطاعته لأجل الدنيا فربما يضر هذا الكلام إذا قيل للخليفة

وأبويه رضاعاً وأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه وأهل الأهواء إلا الخطابية

المؤلف كغيره أو يظهر سب مسلم لكان أولى لأن العدالة تسقط بسبب مسلم وإن لم يكن من السلف كما في النهاية وغيرها. وقولهم هنا بعدم القبول شامل لما إذا كان السب فسقاً أو كفراً فيشمل سب الشيخين رضي الله تعالى عنهما فإنه لا تقبل شهادة من سبهما لكونه كافراً كما في الخلاصة والبزازية وقدمناه في باب الردة. والفرق بين السلف والخلف أن السلف الصالح الصدر الأول من التابعين والخلف بفتح اللام من بعدهم في الخير والسكون في الشر؛ كذا في مختصر النهاية. وعطف أبي حنيفة على التابعين إما عطف خاص على عام بناء على أنه منهم كما في مناقب الكردري وصرح به في العناية، أو ليس منهم بناء على ما صرح به شيخ الإسلام ابن حجر فإنه جعله من الطبقة السادسة ممن عاصر صغار التابعين ولكن لم يثبت له لقاء أحد من الصحابة؛ ذكره في تقريب التهذيب قوله: **(وتقبل لأخيه وعمه وأبويه رضاعاً وأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه)** لانعدام التهمة لأن الأملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال بعض. وفي المحيط البرهاني: وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا شهد لأخيه والأب ميت وإنما يشكل فيما إذا شهد لأخيه والأب حي، وينبغي أن لا تقبل شهادته لأن منافع الأملاك بين أخيه وأبيه متصلة فكأنه شهد لأبيه. والجواب أن شهادة الإنسان لأبيه إنما لا تقبل لأن منافع الأملاك بين الأب وابنه متصلة فكانت الشهادة للأب شهاد لنفسه من وجه فلم تقبل وأما شهادته لأخيه فليست لنفسه أصلاً لتباين الأملاك ا هـ. وفي القنية: امتدت الخصومة سنين ومع المدعي أخ وابن عم يخاصمان له مع المدعى عليه ثم شهدا له في هذه الخصومة بعد هذ الخصومات لا تقبل شهادتهما ا هـ. وذكر ابن وهبان: وقياس ذلك أن يطرد ذلك في كل قرابة وصاحب تردد مع قرابته أو صاحبه إلى المدعي في الخصومة سنين ويخاصم له ومعه على المدعي ثم يشهد له بعد ذلك فإنه ينبغي أن لا تقبل، والفقة فيه أنه لما طال التردد مع المخاصم والمخاصمة له مع المدعى عليه صار بمنزلة الخصم للمدعى عليه ا هـ. وفي خزانة الفتاوى: إذا تخاصم الشهود والمدعى عليه تقبل إن كانوا عدولاً ا هـ. وينبغي حمله على ما إذا لم يساعدوا في الخصومة أو لم يكثر ذلك منهم توفيقاً.

قوله: **(وأهل الاهواء إلا الخطابية)** أي تقبل شهادتهم لأن فسقهم من حيث الاعتقاد

فعدل إلى الاعتذار بأمر يقرب من خاطره قوله: **(وليس منها الصناعة الدنية الخ)** قال الرملي: فتحرر أن العبرة للعدالة لا للحرفة وهذا الذي يجب أن يعول عليه ويفتى به فإنا نرى بعض أصحاب الحرف الدنية عنده من الدين والتقوى ما ليس عند كثير من أرباب الوجاهة وأصحاب المناصب وذوي المراتب ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات: ١٣].

قوله: **(وفي خزانة الفتاوى إذا تخاصم الشهود والمدعى عليه تقبل الخ)** قال الرملي: مفهومه أنهم إذا كانوا مستورين لا تقبل وإن لم تمتد الخصومة للتهمة بالمخاصمة، وإذا كانوا عدولاً تقبل وإن

....

وما أوقعه فيه إلا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامداً مستبيحاً لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي. والهوى مقصوراً ميل النفس ما تستلذ به من الشهوات من غير داعية الشرع؛ كذا في التقرير. وفي المصباح: الهوى مقصوراً مصدر هويته من باب تعب إذا أحببته وعلقت به، ثم أطلق على ميل النفس وانحرافها نحو الشيء ثم استعمل في ميل مذموم فيقال اتبع هواه وهو من أهل الأهواء. والهواء ممدوداً المسخر بين السماء والأرض والجمع أهوية ا هـ. أطلقه وقيده في الذخيرة بهوى لا يكفر به صاحبه، وزاد في السراج الوهاج أن لا يكون ماجناً ويكون عدلاً في تعاطيه هو الصحيح ا هـ. وليس هذا القيد في ظاهر الرواية فإن الحاكم الشهيد في الكافي قال وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى: شهادة أصحاب الأهواء جائزة ألا ترى أن أصحاب محمد ﷺ قد اختلفوا واقتتلوا وشهادة بعضهم على بعض كانت جائزة فليس بين أصحاب الاهواء من الاختلاف أشد مما كان بينهم من القتال ا هـ. وفي التقرير أن من وجب إكفاره منهم فالأكثر على عدم قبوله ا هـ. وفي المحيط البرهاني وهو الصحيح، وما ذكره في الأصل محمول عليه. وفي النهاية أن أصول الهوى ستة: الجبر والقدر والرفض وَالخروج والتشبيه والتعطيل، ثم كل واحد يصير اثني عشر فرقة ا هـ. وفي الحديث «إن بني اسرائيل تفرقت على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة كلها في النار إلا فرقة واحدة. قيل: من هي يا رسول الله؟ قال: من كان على ما أنا عليه وأصحابي»[(١)] ا هـ. والخطابية قوم من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب يدينون بشهادة الزور لمن وافقهم على مخالفيهم، وقيل يشهدون لمن حلف لهم أنه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذباً فتمكنت شبهة الكذب فيها. وفي العتابية: هم قوم من الروافض يكفرون بالصغائر. وفي الينابيع أن الخطابية انقرضوا وفنوا للآية الشريفة ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ [النساء: ١٤١] وفي التقرير: ويلحق بهم صاحب الإلهام فلا تقبل شهادته، وأما روايته فالمختار في المذهب عدم قبولها لأنهم يحتاجون إلى

امتدت لارتفاع التهمة مع العدالة فيحمل ما في القنية على ما إذا لم يكونوا عدولاً لأنه مطلق، وما في الخزانة مقيد فيحمل المطلق على المقيد توفيقاً، وما قلناه أشبه لأن المعتمد في باب الشهادة العدالة تأمل قوله: **(وليس هذا القيد في ظاهر الرواية)** إن كان المراد المقيد الذي ذكره في الذخيرة فلا معنى لرده لأنه سينقل تصحيحه وأن ما في الأصل محمول عليه فكان في حكم المذكور في ظاهر الرواية، وإن كان مراده ما زاده في السراج فكذلك لأن العدالة شرط في أهل السنة والجماعة ما ظنك في غيرهم. وفي فتح القدير قال محمد بقبول شهادة الخوارج إذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فإنا قاتلوا ردت شهادتهم

---

(١) رواه أبو داود في كتاب السنة باب ١. الترمذي في كتاب الإيمان باب ١٨. ابن ماجه في كتاب الفتن باب ١٧. أحمد في مسنده (٢/ ٣٣٢) (٣/ ١٢٠، ١٤٥).

والذمي على مثله والحربي على مثله ومن ألم بصغيرة إن اجتنب الكبائر وإلاَّ قُلْف

المحاجة فيحتاجون إلى التقول والكذب على رسول الله ﷺ بخلاف الشهادة اهـ. والمنقول عند الشافعية عدم قبول شهادة الخطابية إلا من صرح منهم بالمشاهدة ولم أره لأصحابنا قوله: **(والذمي على مثله)** لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب عما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الأديان. قيد بالذمي لأن المرتد لا شهادة له لأنه لا ولاية له، واختلفوا في شهادة مرتد على مثله والأصح عدم قبولها بحال؛ كذا في المحيط البرهاني.

وقيد بقوله «على مثله» لأنها لا تقبل على مسلم للآية ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ [النساء: ١٤١] ولأنه لا ولاية له بالإضافة إليه ولأنه يتقول عليه لأنه يغيظه قهره إياه. وفي الولوالجية: نصرانيان شهدا على نصراني بقطع يد أو قصاص ثم أسلم المشهود عليه بعد القضاء بطلت الشهادة لأن الإمضاء من القضاء في العقوبات اهـ. وفي تلخيص الجامع للصدر سليمان: نصراني مات عن مائة فأقام مسلم شاهدين عليه بمائة ومسلم ونصراني بمثله فالثلثان له والباقي بينهما والشركة لا تمنع لأنها بإقراره بخلاف الإقرار لوارثه وأجنبي نظيره أقر لأجنبي في مرضه فأقر لوراثه، وعن أبي يوسف النصف لهما للاستواء،

لإظهار الفسق بالفعل قول المصنف: **(والذمي على مثله)** قال الرملي: وفي التتارخانية شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة. وفي التجريد: إذا كانوا عدولاً في دينهم اتفقت مللهم أو اختلفت. وفي التفريد: وعند مالك تقبل إذا اتفقت مللهم وعند الشافعي لا تقبل أصلاً اهـ. وكتب الرملي أيضاً: وإن اختلفا ملة كاليهود مع النصارى؛ كذا في شرح تنوير الأبصار، ومثله في لسان الحكام لابن الشحنه وشرحي المجمع للمصنف وابن ملك وكثير من الكتب كالغياثية والكفاية ودارا كما في العناية والكفاية وكثير من الكتب اهـ. قلت: والظاهر أن العداوة بين اليهود والنصارى دينية وإلا لم تقبل فتأمل.

قوله: **(لأنه يغيظه قهره إياه)** قال الرملي: الضمير في «أنه» و«يغيظه» راجع للذمي وفي «قهره» راجع للمسلم أي لأنه بسبب قهر المسلم إياه وإذلاله له يتقول عليه بخلاف ملل الكفر لأن ملة الإسلام قاهرة للكل فلم يبق لهم غيرة يستظهرون بها قوله: **(فالثلثان له والباقي بينهما)** أي الثلثان للمسلم المنفرد والباقي للمسلم والنصراني؛ ذكر في الذخيرة عبارة الجامع ولم يبين وجه ذلك، ثم ذكر مسألة أخرى وهي: نصراني مات وترك ألف درهم وأقام مسلم شهوداً من النصارى على ألف على الميت ونصراني آخرين كذلك يدفع الألف المتروكة للمسلم ولا يتحاصان فيها عنده، وعند أبي يوسف يتحاصان، والخلاف راجع إلى أن بينة النصراني مقبولة عنده في حق إثبات الدين على الميت لا في حق إثبات الشركة بينه وبين المسلم، وعلى قول الثاني مقبولة فيهما اهـ. لكن يبقى وجه اختصاص

....

ولو كان المنفرد نصرانياً فالثلث له والباقي لهما يقدم المسلم، وكذا لو كان شهود الشريكين مسلمين وشهودهما نصرانيان أو مسلمان استويا. نصراني مات عن ابنين وأسلم أحدهما فأقام مسلم شاهدين نصرانيين بعد موته وقسمت تركته بدين عليه يؤخذ من نصيب غير المسلم لعدم الحجة عليه كإقراره، ولو أقام المسلم ذميين وذمي مثلهما يقدم المسلم، وعن أبي يوسف يستويان. قال محمد: هو قوله الأخير، وعلى هذا لو كان حياً وادعيا عيناً في يده وعنه أنها للمسلم وفرق بتعلقه بالمحل ا هـ. وفي المجمع: ولو اشترى ذمي داراً من مسلم فادعاها ذمي أو مسلم بشهادة ذميين يقبلهما في حقه ورداها ا هـ. وفي الخلاصة من ألفاظ التكفير: شهد نصرانيان على نصراني أنه قد أسلم وهو يجحد لم تجز شهادتهما، وكذا لو شهد رجل وامرأتان من المسلمين ويترك على دينه وجميع أهل الكفر في ذلك سواء، ولو شهد نصرانيان على نصرانية أنها أسلمت جاز وأجبرها على الإسلام ولا تقتل وهذا كله قول أبي حنيفة ا هـ. وفي المحيط البرهاني: لو شهد على إسلام النصراني رجل وامرأتان من المسلمين وهو يجحد أجبر على الإسلام ولا يقبل، ولو شهد رجلان من أهل دينه وهو يجحد فشهادتهما باطلة لأن من زعمهم أنه مرتد ولا شهادة لأهل الذمة على المرتد ا هـ. وفي المحيط: تقبل شهادة الكافر على

المسلم المنفرد بالثلثين في مسألتنا، ولعله هو أن البينة تقتضي أن لكل من الثلاثة المدعين ثلث المائة لكن الشهادة الثانية لا تثبت مشاركة النصراني لكل من المسلمين فيعود الثلث الذي كان يستحقه للمسلم المنفرد، وإنما لا يعود منه للمسلم الآخر شيء لأنه مقر بأن له حقاً في المال بقدر حقه ولهذا يرجع النصراني ويقاسمه في الثلث الذي أخذه لإقراره بأنه شريكه فيما له على الميت فلم تكن مشاركته له بالبينة تأمل. ثم رأيت الرملي قال: عبارة التلخيص: كافر مات عن مائة فأقام مسلم كافرين بمائة وأقام مسلم وكافر كذلك فثلثاها للمنفرد والثلث للشريكين عكس ما لو كان المنفرد كافراً وشهودا الشريكين مسلمان لأن شهادة الكافر حجة للمسلم لا عليه فضرب كل مسلم فيها بقدر حقه أولاً وكل كافر في الباقي كما في دين الصحة والمرض وقاسم الشريك شريكه لكن بحجة الزعم دون الشهادة اهـ قوله: **(يقبلهما)** قال الرملي أي أبو يوسف في قوله الأخير: وإذا قبلت يقضى بها على المشتري خاصة ولا يكون له أن يرجع على البائع، وبيان إمكان القضاء بها في حق الكافر أن يقضى بالملك للمدعي بسبب جديد من جهة المدعى عليه قوله: **(وكذا لو شهد رجل وامرأتان من المسلمين ويترك على دينه)** قال الرملي: والوجه فيه أنه لو قبلت للزم القتل بشهادة رجل وامرأتين تأمل. وفي المنهاج للعلامة أبي حفص عمر: نصراني مات فجاء مسلم ونصراني وأقام كل واحد منهما البينة أن له على الميت ديناً، فإن كان شهود الفريقين ذميين أو شهود النصراني ذميين بدئ بدين المسلم، فإن فضل شيء صرف إلى دين النصراني. وروى الحسن عن أبي يوسف أنه يجعل بينهما على قدر دينهما، قيل إنه قول أبي يوسف الأخير. وإن كان شهود الفريقين مسلمين أو شهود الذمي

....

العبد الكافر التاجر وإن كان مولاه مسلماً وعلى العكس لا تقبل لأن في الأول قامت على إثبات أمر على الكافر لأن الدين يثبت على العبد واستحقاق مالية المولى غير مضاف إلى الشهادة لأنه ليس من ضرورة وجوب الدين عليه استحقاق مالية المولى لا محالة بل ينفك عنه في الجملة، وفي الثانية قامت على إثبات أمر على المسلم والوكيل مع الموكل بمنزلة العبد مع المولى. ولا تقبل شهادة كافرين على شهادة مسلمين وعلى العكس تقبل، وتقبل شهادة الذمي بدين على ذمي ميت وإن كان وصيه مسلماً بشرط أن لا يكون عليه دين لمسلم فإن كان فقد كتبناه عن الجامع. وفي الخانية: ذمي مات فشهد عشرة من النصارى أنه أسلم لا يصلى عليه بشهادتهم، وكذا لو شهد فساق من المسلمين. ولو كان لهذا الميت ولي مسلم وبقية أوليائه كفار من أهل دينه فادعى الولي المسلم أنه أسلم وأنه أوصى إليه وأزاد أن يأخذ ميراثه وشهد اثنان من أهل الكفر بذلك يأخذ المولى المسلم ميراثه بشهادتهما لأن شهادتهم على الإسلام في حكم الميراث قامت على أوليائه الكفار، ويصلى عليه بشهادة وليه المسلم إن كان عدلاً، ولو لم يشهد على إسلامه غير الولي يصلى عليه بقول وليه المسلم ولا ميراث له ا هـ. ثم قال: لو شهد على نصراني أربعة من النصارى أنه زنى بأمة مسلمة فإن شهدوا أنه استكرهها حد الرجل، وإن قالوا طاوعته درئ الحد عنهما ويعزر الشهود لحق المسلمة لقذفهم الأمة ا هـ. وفي البدائع من النكاح: لو ادعى مسلم عبداً في يد ذمي أنه عبده وشهد كافران أنه عبده قضى به القاضي فلان لم تقبل لكونها شهادة على القاضي المسلم. وفي خزانة الأكمل: ولو شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تجز، ولو شهد مسلمان على شهادة كافر جازت ا هـ. ثم اعلم أنه لا بد من التزكية في شهادة الذمي قال في الولوالجية: تزكية الذمي إن تزكيه بالأمانة في دينه ولسانه ويده وأنه صاحب يقظة ا هـ. وأفتى به قارئ الهداية وأصله في النوازل. وفي خزانة الأكمل معزياً إلى العيون: شهد كافران على كافر فعدلا ثم أسلم وأسلما يؤمران أن يعيد الشهادة ويكفي تعديلهما في الكفر وإنما تعديل الكافر إلى المسلمين فإن تعديل الكافر للكافر لا يجوز ثم يسأل أولئك عن الشهود ا هـ. وقدمنا في مسائل التعديل أن تعديل الكافر بالمسلمين إن وجد وإلا فيسأل من عدول الكفار. وفي الملتقط: إذا سكر الذمي لا تقبل شهادته ا هـ.

خاصة مسلمين فالمال بينهما في قولهم اهـ قوله: **(وعلى العكس لا تقبل)** أي شهادة الكافر على العبد المسلم التاجر وإن كان مولاه كافراً.

قوله: **(فقد كتبناه عن الجامع)** قال الرملي في الكتاب: أجزت بينة المسلم وأعطيت حقه فإن بقي شيء كان للكافر، وروى الحسن بن زياد أن التركة تقسم بينهما على مقدار دينهما اهـ. من التتارخانية. ثم قال: ولو كان النصراني حياً وفي يده عبد ادعاه مسلم ونصراني وأقام كل منهما

....

قوله: **(والحربي على مثله)** أي وتقبل شهادته على مثله لا على الذمي لأنه لا ولاية له على الذمي. والمراد بالحربي المستأمن لأنه لا يتصور غيره فإن الحربي لو دخل بلا أمان فهذا استرقاق ولا شهادة للعبيد على أحد؛ كذا في فتح القدير. ويستثنى من الحربي على مثله ما إذا كانا من دارين مختلفين كالإفرنج والحبس لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك قوله: **(ومن ألم بصغيرة إن اجتنب الكبائر)** أي تقبل شهادة من ارتكب صغيرة إن اجتنب الكبائر كلها وقد أشار هنا إلى العدالة فإنها شرط قبول الشهادة وهي الاستقامة وهي بالإسلام واعتدال العقل ويعارضه هوى يضله ويصده، وليس لكمالها حد يدرك مداه ويكتفى لقبولها بأدناه كيلا يضيع الحقوق وهو رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة. وأحسن ما قيل فيه ما عن أبي يوسف العدل أن يكون مجتنباً للكبائر غير مصر على الصغائر وأن تكون مروءته ظاهرة فعدمها مفوت لها. وزاد في المحيط أن يعتاد الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءته. وفي الولواجية: وينبغي أن يكون الشاهد مسناً عفيفاً ذا مال ذا فضل لأنه إذا كان كذلك لا يطمع في أموال الناس ويستحي من ارتكاب ما لا يحل في الشرع فكان أولى بالاستشهاد ا هـ. وبه يعلم من ينصبه القاضي شاهداً بين الناس. وفي الخانية: الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان تظهر التوبة ثم بعضهم قدره بستة أشهر وبعضهم قدره بسنة والصحيح أن ذلك مفوض إلى رأي القاضي والمعدل ا هـ. وفي الخلاصة: ولو كان عدلاً فشهد بزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة ا هـ. وقدمنا أن الشاهد إذا كان فاسقاً سراً لا ينبغي أن يخبر بفسقه كيلا يبطل حق المدعي وصرح به في العمدة أيضاً. وفي العتابية: من أجر بيته لمن يبيع الخمر لم تسقط عدالته قوله: **(والأقلف)** أي الكبير الذي لم يختتن تقبل شهادته لأن العدالة لا تخل بترك الختان لكونه سنة عندنا. أطلقه وقيده قاضيخان بأن يتركه لخوف على نفسه، أما إذا تركه بغير عذر لم تقبل. وقيده في الهداية بأن لا يتركه استخفافاً بالدين أما إذا تركه استخفافاً لم تقبل شهادته لأنه لم يبق عدلاً وكما تقبل شهادته تصح إمامته؛ كذا في فتح القدير. ولم يقدر الإمام للختان وقتاً معلوماً لعدم

شاهدين نصرانيين فهو للمسلم. قال محمد: هو قول أبي يوسف أيضاً وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أن العبد بينهما نصفان اهـ قوله: **(فلان)** بدل من القاضي قوله: **(ولو كان عدلاً فشهد بزور ثم تاب الخ)** المعروف بالعدالة إذا شهد بزور عن أبي يوسف أنه لا تقبل شهادته أبداً لأنه لا تعرف توبته، وروى الفقيه أبو جعفر أنه تقبل شهادته وعليه الاعتماد؛ خانية قبيل التزكية والتعديل قوله: **(لا ينبغي أن يخبر بفسقه)** الظاهر أن المراد لا يحل. وفي الخانية: الشاهد إذا كان فاسقاً في السر وهو في الظاهر عدل فأراد القاضي أن يقضي بشهادته فأخبر الشاهد عن نفسه أنه ليس بعدل صح إقراره على نفسه إلا أنه إذا كان صادقاً في الشهادة لا يسعه أن يخبر عن نفسه أنه ليس بعدل لأن فيه إبطال حق المدعي اهـ.

والخصي وولد الزنا والخنثى والعمال والمعتق للمعتق ولو شهد أن أباهما أوصى إليه

ورود النص به، وقدره المتأخرون واختلفوا والمختار أن أول وقته سبع سنين وآخره اثنتا عشر؛ كذا في الخلاصة من باب اليمين في الطلاق. وقدمنا في أول الطهارة أنه سنة للرجال مكرمة للنساء إذ جماع المختونة ألذ. قال الحلواني: كان النساء يختتن في زمن أصحاب رسول الله ﷺ. وفي النوازل أن ابن عباس كان لا يجيز شهادة الأقلف ولا ذبيحته، وعلماؤنا قالوا تؤكل ذبيحته وتقبل شهادته إن كان لعذر وإلا لا تقبل وبه نأخذ ا هـ.

فائدة من كراهية فتاوى العتابي: وقيل في ختان الكبير إذا أمكن أن يختن نفسه فعل وإلا لم يفعل إلا أن يمكنه أن يتزوج أو يشتري ختانة فتختنه. وذكر الكرخي في الكبير يختنه الحمامي وكذا عن ابن مقاتل لا بأس للحمامي أن يطلي عورة غيره بالنورة ا هـ قوله: **(والخصي وولد الزنا والخنثى)** فإن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولأنه قطع عضو منه ظلماً فصار كما إذا قطعت يده. والخصي بفتح الخاء على وزن فعيل منزوع الخصا؛ كذا في البناية. وفسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما. أطلقه فشمل ما إذا شهد بالزنا أو بغيره خلافاً لمالك في الأول. والمراد بالخنثى المشكل وهو امرأة في الشهادة؛ كذا في السراج الوهاج. قوله: **(والعمال)** أي تقبل شهادتهم، والمراد بهم عمال السلطان عند عامة المشايخ لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم. وقيل: العامل إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف في الفاسق لوجاهته لا يقدم على الكذب؛ كذا في الهداية. يعني ولو كان عوناً على الظلم كما في العناية. وقيل: أراد بالعمال الذين يعملون ويؤاجرون أنفسهم للعمل لأن من الناس من رد شهادات أهل الصناعات الخسيسة فأفرد هذه المسألة لإظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم أطيب كسب. وينبغي تقييد القبول بأن تكون تلك الحرفة لائقة به بأن تكون حرفة آبائه وأجداده وإلا فلا مروءة له إذا كانت حرفة دنية فلا شهادة له لما عرف في حد العدالة. وكذا ينبغي تقييد القبول بأن لا يكثر الكذب والخلف في الوعد. وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الرئيس لا تقبل، وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعاً لا تقبل. وقدمنا عن البزدوي أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبابات بالعدل بين المسلمين

قوله: **(وينبغي تقييد القبول الخ)** قال الرملي: وعندي في هذا التقييد نظر يظهر لمن له نظر فتأمل اهـ. قلت: وجهه ما مر عند قوله «أو يبول أو يأكل» أن الصحيح قبول ذي الحرفة الدنية إذا كان عدلاً فحيث كان المعتبر العدالة فلا نظر إلى الحرفة نعم قد يقال عدوله عن حرفة آبائه الشريفة إلى الحرفة الخسيسة يدل على رذالته وعدم مروءته ومبالاته لكن هذا حيث كان بلا داع إليه من عجز أو عدم أسباب أو قله يد تقصره عن حرفة أبيه ولا سيما إذا كان أبوه أو وصيه علمه في صغره هذه الحرفة الدنية فكبر وهو لا يعرف غيرها، فإذا كان عدلاً فما وجه رد شهادته؟ فتعين ما قلنا تأمل

....

مأجور وإن كان أصله ظلماً، فعلى هذا تقبل شهادته. والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد، ومثله المعرفون في المراكب والعرفاء في جميع الأصناف وضمان الجهات في بلادنا لأنهم كلهم أعوان على الظلم؛ كذا في فتح القدير. وفي السراجية معزياً إلى الفقيه أبي الليث: إن كان العامل مثل عمر بن عبد العزيز فشهادته جائزة، وإن كان مثل يزيد بن معاوية فلا ا هـ. وفي إطلاق العامل على الخليفة نظر والظاهر منه أنه من قبل عملاً من الخليفة. وفي شرح المنظومة: أمير كبير ادعى فشهد له عماله ودواوينه ونوابه ورعاياهم لا تقبل كشهادة المزارع لرب الأرض ا هـ. وفي إجارات البزازية: لا تقبل شهادة الدلال ومحضر قضاة العهد والوكلاء المفتعلة والصكاك ا هـ.

قوله: **(والمعتق للمعتق)** أي تقبل شهادته كعكسه لأنه لا تهمة وقد قبل شريح شهادة قنبر لعلي رضي الله عنه وكان عتيقه وهو بفتح القاف والباء، وأما قنبر فهو جد سيبويه ذكره الذهبي في مشتبه الأسماء والأنساب وفي تقرير التهذيب للحافظ بن حجر: شريح بن الحادث بن قيس الكوفي النخعي القاضي أبو أمية ثقة، وقيل له صحبة مات قبل الثمانين أو بعدها وله مائة وثماني سنين أو أكثر يقال حكم سبعين سنة ا هـ. قيدنا بعدم التهمة لأن العتيق لو كان متهماً لم تقبل لمن أعتقه ولذا قال في الخلاصة: ولو شهد العبدان بعد العتق على أن الثمن كذا عند اختلاف البائع والمشتري لا تقبل ا هـ. لأنهما يجران لأنفسهما نفعاً بإثبات العتق لأنه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضي لإبطال العتق ولا يعارضه ما في الخلاصة أيضاً معزياً إلى العيون: لو اشترى غلامين فأعتقهما فشهدا لمولاهما على البائع أنه قد استوفى الثمن جازت شهادتهما ا هـ. لأنهما لا يجران بها نفعاً ولا يدفعان مغرماً وشهادتهما بأن البائع أبرأ المشتري من الثمن كشهادتهما بالإيفاء كما في الخانية. وأشار إلى قبول شهادته على مولاه بالأولى إلا في مسألة ذكرناها عن الكافي عند قوله «والمملوك والصبي» وذكر في المحيط البرهاني في مسألة المعتقين الثلاث هنا تركناها لكثرة شعبها. وفي العتابية: لو أعتق أم ولده فشهدت له وهي في العدة تقبل ا هـ. فعلى هذا يفرق بين المعتدة من طلاق ومن عتق

قوله: **(أمير كبير ادعى الخ)** قال الرملي: يؤخذ منه أن شهادة خدامه الملازمين له ملازمة كملازمة العبد لمولاه كذلك لا تقبل وهو ظاهر ولا سيما في زماننا هذا تأمل. وقد أفتيت به مراراً والله تعالى الموفق للصواب ومثله في شهادات جامع الفتاوى بصيغة أعوان الحكام والوكلاء على باب القضاة لا تسمع شهادتهم لأنهم ساعون في إبطال حق المستحق وهم فساق والله تعالى أعلم قوله: **(وفي إجارات البزازية الخ)** قال الرملي: محله في الكل ما لم يغلب عليهم الصلاح، أما إذا غلب عليهم الصلاح فتقبل كما صرح به في البزازية أيضاً في الصكاك في كتاب الشهادة، ولا فارق بينه وبين الدلال والمحضر والوكيل يدل عليه قوله في الوكلاء المفتعلة تأمل.

والوصي يدعى جاز وإن أنكر لا كما لو شهدا إن أباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل أو أنكر ولا يسمع القاضي الشهادة على الجرح ومن شهد ولم يبرح حتى قال

وفيها: لو نفى ولد أم ولده ثم أعتقه فشهد له لم يجز، وسئل محمد عن عربي ادعى على رجل أنه مولاه أعتقه فشهد موليان أعتقهما الرجل للمدعي لم تجز لأنهما يثبتان أن العربي مولى مولاهما. وقال أبو يوسف: يجوز كما لو شهد أن أباهما أعتق هذا والبنات يجحدون هذا اهـ.

قوله: **(ولو شهدا أن أباهما أوصى إليه والوصي يدعي جاز وإن أنكر لا كما لو شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل أو أنكر)** والقياس عدم القبول في الوصي أيضاً لكونها شهادة للشاهد للعود المنفعة إليه. وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان طالباً والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أنه يثبت بها شيء فصار كالقرعة؛ كذا في الهداية. وتعقبه في فتح القدير بقوله: وإذا تحققت ما ذكر في وجه الاستحسان ظهر أن قبول الشهادة ثابت قياساً واستحساناً إذ ظهر أنه لم يثبت بها شيء وإنما ثبت عندها نصب القاضي وصياً اختاره وليس هنا موضع غير هذا يصرف إليه القياس والاستحسان، ولو اعتبرا في نفس إيصاء القاضي إليه فالقياس لا يأباه فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياساً واستحساناً، والمنقول عن أصحاب المذهب الحكم المذكور مع السكوت عن القياس والاستحسان اهـ. وقد ذكر القياس والاستحسان في عامة كتب أصحابنا، ومنهم شرح الجامع الصغير للحسامي والكافي والتبيين والهداية وشروحها والموضع الذي يصرفا إليه أن ظاهرها عدم القبول لأن الشاهد يجر نفعاً لنفسه فلا يكون المشهود له وصياً عن الميت، وفي الاستحسان جعلناه وصياً عن الميت، ولم يعتبر نفع الشاهد لأن للقاضي ولاية النصب والسبب الحامل لاعتراض المحقق أنه فهم أنه وصي من جهة القاضي وحينئذ فلا معنى للقياس والاستحسان وليس كذلك، وإنما هو وصي من جهة الميت، وقد كرنا في وصايا الفوائد من الأشباه والنظائر أن وصي القاضي كوصي الميت إلا في مسائل. وأشار بشهادة الابنين إلى أن شهادة الغريمين لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين بأن الميت أوصى إلى فلان أو الوصيين بأن الميت أوصى إلى فلان معهما كذلك أو الموصى له بأن الميت أوصى إلى فلان ففي الخمس: إن ادعى قبلت وإلا لا. وأورد على الرابعة بأن الميت إذا كان له وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى نصب آخر. وأجيب بأنه يملكه لإقرارهما بالعجز عن القيام بأمور

قول المصنف: **(والوصي يدعي)** قال في الحواشي السعدية: أي والوصي يرضى هكذا سنح للبال. ثم رأيت في شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الأسود ما نصه: والمراد من الدعوى في قوله «والوصي يدعي» هو الرضا إذ الجوز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضي أن ينصب وصياً إذا رضي هو به اهـ قوله: **(وليس كذلك وإنما هو وصي من جهة الميت)** لا يخفى أنه لا يوافق كلام

....

الميت، ولا بد من كون الموت معروفاً في الكل أي ظاهراً إلا في مسألة الغريمين للميت عليهما دين فإنها تقبل وإن لم يكن الموت معروفاً لأنهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين بإقرارهما في حقهما. وقيل: معنى الثبوت أمر القاضي إياهما بأداء ما عليهما إليه لابراءتهما عن الدين بهذا الأداء لأن استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل منهما والبراءة حق لهما فلا يقبل فيها؛ كذا في الكافي. وإنما لا تقبل شهادة الابنين في الوكالة مطلقاً لأنه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب إلا في المفقود فلو ثبتت هذه الولاية لكانت بشهادتهما وفيها تهمة[1] لأنهما يشهدان لأبيهما ولاحتمال التواضع على أخذ المال. وقوله «بقبض ديونه» اتفاقي لأنهما لو شهدا في غيبة أبيهما أنه وكله بالخصومة لم تقبل أيضاً كما في الخلاصة. وفرق بينهما في المحيط البرهاني من وجه آخر فقال: وإذا شهدا أن أباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة لا تقبل شهادتهما لأنهما بشهادتهما يعينان من يقوم بحقوق الأب واستيفائه فكانا شاهدين لأبيهما فلا تقبل شهادتهما، ولكن هذا إن كان المطلوب يجحد الوكالة، فأما إذا أقر المطلوب بهاجازت الشهادة. فرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في كتاب الوكالة أن من وكل رجلاً بالخصومة في دار بعينها وقبضها وغاب فشهد ابنا الموكل أن أباهما وكل هذا الرجل بالخصومة في هذه الدار وقبضها لا تقبل شهادتهما، سواء جحد المطلوب الوكالة أو أقر بها. ووجه الفرق أن في مسألة الدين المطلوب إذا كان مقراً بالوكالة يجبر على دفع المال بإقراره بدون الشهادة فإنما قامت الشهادة لإبراء المطلوب عند الدفع إلى الوكيل إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة فكانت هذه الشهادة على أبيهما وشهادته على أبيه مقبولة، أما في مسألة كتاب الوكالة المطلوب وإن كان مقراً لا يجبر على دفع الدار إلى الوكيل بحكم إقراره وإنما يجبر عليه بالشهادة فكانت واقعة لأبيهما فلا تقبل ا هـ. وبهذا ظهر أن المؤلف ترك قيداً وهو أن جحد المطلوب وأشار إلى عدم قبول شهادة ابني الوكيل مطلقاً بالأولى، وكذا شهادة أبويه وأجداده وأحفاده كما في الخلاصة. وعلى هذا فالابنان في الكتاب مثال والمراد عدم قبولها في الوكالة من كل من لا تقبل شهادته للموكل وبه صرح في البزازية. ولم يقيد المصنف بغيبة الأب في شهادتهما بالوكالة لأنه لو كان حاضراً لا يمكن الدعوى بها ليشهد لأن التوكيل لا تسمع الدعوى به لأنه من العقود الجائزة لكن يحتاج إلى بيان صورة شهادتهما في غيبته مع جحد

الهداية الذي قصد الانتصار له من قوله أن للقاضي ولاية نصب الوصي وقوله فيكفي القاضي مؤنه التعيين، وكذا ما يأتي قريباً من قوله وأورد أنه إذا كان له وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى نصب آخر فالحق ما فهمه المحقق من أن الوصي من جهة القاضي.

---

(١) قوله لأنهما يشهدان لغاية قوله اتفاقي هو زائد في بعض النسخ فليتأمل فيه إهـ مصححه.

....

الوكيل لأنها لا تسمع إلا بعد الدعوى، ولم يظهر هنا لها وجه ويمكن أن تصور بأن يدعي صاحب وديعة عليه تسليم وديعته الموكل في دفعها فيجحد فيشهدان به ويقبض ديون أبيهما، وإنما صورناه بذلك لأن الوكيل لا يجبر على فعل ما وكل به إلا في رد الوديعة ونحوها كما سيأتي فيه.

فروع: شهد الوصي بعد العزل للميت إن خاصم لا تقبل وإلا تقبل، ولو وكله بالخصومة عند القاضي فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضي ثم أخرجه الموكل عنها فشهد الوكيل أن للموكل على المطلوب مائة دينار تقبل، ولو وكله عند غير القاضي فأشهد على الوكالة فخاصم المطلوب بألف درهم وبرهن على الوكالة ثم عزله الموكل منها فشهد له على المطلوب بمائة دينار مما كان له عليه بعد القضاء بالوكالة لا تقبل؛ كذا في البزازية. ثم قال: وأما شهادة الوصي بحق للميت على غيره بعد ما أخرجه القاضي عن الوصاية قبل الخصومة أو بعدها لا تقبل، وكذا لو شهد الوصي بحق للميت بعد ما أدركت الورثة لا تقبل، ودلت المسألة على أن القاضي إذا عزل الوصي ينعزل، ولو شهد لبعض الورثة على الميت إن كان المشهود له صغيراً لا يجوز اتفاقاً، وإن كان بالغاً فكذلك عنده، وعندهما يجوز. ولو شهد لكبير على أجنبي تقبل في ظاهر الرواية. ولو شهد للوارث الكبير والصغير في غير ميراث لم تقبل، ولو شهد الوصيان على إقرار الميت بشيء معين لوارث بالغ تقبل ا هـ. وفيها أيضاً: ادعى داراً وبرهن وأبطل القاضي ببينة ثم جاء بعد ثلاثين سنة فشهدا أنها لآخر لا تقبل، وكذا لو قال هذه الدار لفلان لا حق لي فيها ثم شهد أنها لفلان آخر لا تقبل ا هـ. وفي العتابية: شهدا أن الميت أوصى لهما ولهذا تقبل في حق هذا ويضم إليه آخران ا هـ. وفيها: ادعى الوكيل بالخصومة ديناً بحضرة الموكل فادعى المدعى عليه قضاءه فشهد الوكيل بذلك لا تسمع لأن دعواه أبطل شهادته، وكذا وكيلها ادعى المهر على الزوج لا تقبل شهادته للزوج بالخلع.

قوله: **(ولا يسمع القاضي الشهادة على الجرح)** وهو بفتح الجيم لغة من جرحه بلسانه جرحاً عابه ونقصه ومنه جرحت الشاهد إذا أظهرت فيه ما ترد به شهادته؛ كذا في المصباح. وفي الاصطلاح: إظهار فسق الشاهد فإن لم يتضمن ذلك إثبات حق لله تعالى أو للعبد فهو جرح مجرد، وإن تضمن إثبات حق لله تعالى أو للعبد فهو غير مجرد. والأول هو المراد من إطلاقه كما أفصح به في الكافي، وهو غير مقبول مثل أن يشهدوا أن شهود المدعي فسقة أو

قوله: **(تسليم وديعته الموكل في دفعها)** أي التي وكله الغائب بدفعها لصاحب وقوله «فيشهدان به» أي بتسليم الوديعة الذي ادعاه المدعي، وقوله «ويقبض ديون أبيهما» لم تجر فيه الدعوى فما معنى شهادتهما به مع أن المقصود جريانها فيه من إجبار الوكيل ولا إجبار هنا فتأمل.

....

زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو على إقرارهم أنهم أجراء في هذه الشهادة أو على إقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى أو على إقرارهم أنهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة. وإنما لم تقبل لأن البينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي إلزامه والفسق مما لا يدخل تحت الحكم وليس في وسع القاضي إلزامه لأنه يدفعه بالتوبة، ولأن الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقاً لأن فيها إشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهي حرام بالنص، والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق، ولا يقال إن فيه ضرورة وهي كف الظالم عن الظلم بأداء الشهادة الكاذبة وقال عليه السلام «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً» لأنا نقول لا ضرورة إلى هذه الشهادة على ملأ من الناس ويمكنه كفه عن الظلم بإخبار القاضي بذلك سراً إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي أنهم فسقة أو شهدوا بزور أو نحوه لأنهم ما شهدوا بإظهار الفاحشة وإنما حكوا إظهارها عن غيرهم فلا يصيرون فسقة بذلك. وكذا الإقرار مما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضي على الإلزام لأنه لا يرتفع بالتوبة، ولذا لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجرهم لأداء الشهادة لم تقبل لأنه شهادة على جرح مجرد. وأما الاستئجار وإن كان أمراً زائداً على الجرح ولكنه لا خصم في إثباته إذ لا تعلق له بالأجرة حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم لأداء الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لأنه خصم في ذلك ويثبت الجرح بناء عليه. وكذا إذا أقام المدعى عليه البينة على أني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل، فإن شهدوا فعليهم أن يردوا ذلك المال علي تقبل بينته لأن فيه ضرورة ليصل إلى ماله حتى لو قال لم أعطهم المال لم تقبل لأن فيه إظهار الفاحشة من غير ضرورة. وأما الثاني أعني غير المجرد فهو كما لو أقام المدعى عليه البينة أنهم زنوا وَوصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد أو أنهم عبيد أو أحدهم عبد أو شريك المدعي والمدعى مال أو قاذف والمقذوف يدعيه أو محدودون في القذف أو على إقرار المدعي أنه استأجرهم على هذه الشهادة تقبل لمكان الحاجة إلى إحياء هذه الحقوق وفيها: إذا شهدوا أنهم محدودون في قذف ليس فيه إشاعة الفاحشة لأن الإظهار حصل بالقضاء وإنما حكوا عن إظهار الفاحشة عن الغير؛ كذا في الكافي بتمامه.

قوله: **(أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور)** قيد به لأنهم لو شهدوا على إقرار المدعي بأن الشهود كذلك تقبل كما سيأتي قريباً قوله: **(وكذا الإقرار مما يدخل تحت الحكم)** أي وليس فيه هتك الستر بل حكاية الهتك بخلاف الشهادة على إقرار الشهود بأنهم شهدوا بزور فإنها لا تقبل مع أنها شهادة على الإقرار الداخل تحت الحكم لأن فيه هتك الستر وبه يثبت الفسق قوله: **(على أني صالحت الشهود)** قال في الحواشي السعدية: لعل المراد بصالحت أعطيت الرشوة لدفع ظلمه وإلا فلا صلح بالمعنى الشرعي بينهما قوله: **(إنما هو بعد التزكية الخ)** قال الرملي: يفهم منه قبوله قبلها منه عند

....

وهنا تنبيهات مهمة يجب التنبيه عليها: الأول أن النظر في الجرح المجرد وغيره إنما هو بعد التزكية الشرعية كما في السراج الوهاج، فإذا سأل القاضي عن الشهود سراً وعلناً وثبت عنده عدالتهم فطعن الخصم فإن كان مجرداً لم تقبل وإلا قبل، ولكن عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد أعم من أن يكون قبل التعديل أو بعده. فإن قلت: أليس الخبر عن فسق الشهود قبل إقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضي عن قبول شهادتهم والحكم بها؟ قلت: نعم لكن ذلك للطعن في عدالتهم لا لثبوت أمر يسقطهم عن حيز القبول ولذا لو عدلوا بعد هذا تقبل شهادتهم، ولو كانت الشهادة على فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل؛ ذكره ابن الكمال. وفي شرح الوقاية: لا تقبل الشهادة على الجرح المجرد إذا أقام البينة على العدالة، أما إذا لم يقم البينة عليها فأخبر مخبر أن الشهود فساق أو أكلوا الربا فإن الحكم لا يجوز قبل ثبوت العدالة لا سيما إذا أخبر مخبران أن الشهود فساق. الثاني أن

الإمام لأنه ليس من باب سماع الشهادة على الجرح المجرد تأمل قوله: **(ولكن عدم القبول الخ)** أتى بالاستدراك لأن الكلام السابق محتمل لقبول الجرح المجرد قبل التعديل كقبول غير المجرد ومحتمل لعدم قبوله تأمل قوله: **(وفي شرح الوقاية لا تقبل الشهادة الخ)** هذا غير مخالف لما قاله ابن الكمال لأن إخبار المخبر للطعن لا لإثبات الفسق كما قاله. وقال في الدرر بعد نقله كلام صدر الشريعة أقول: تحقيقه أن جرح الشاهد قبل التعديل دفع للشهادة قبل ثبوتها وهي من باب الديانات ولهذا قبل فيه خبر الواحد، وبعد التعديل دفع للشهادة بعد ثبوتها حتى وجب على القاضي العمل بها إن لم يوجد الجرح المعتبر، ومن القواعد المقررة أن الدفع أسهل من الرفع وهو السر في كون الجرح المجرد مقبولاً قبل التعديل ولو من واحد، وغير مقبول بعده بل يحتاج إلى نصاب الشهادة وإثبات حق الشرع أو العبد فاضمحل بهذا التحقيق ما اعترض عليه بعض المتصلفين بلا شعور على مراد القائل ومع ذلك ذاهل عن القواعد وغافل حيث قال أقول: فيه نظر إذ الفرض أن مثل هذه الشهادة لا تعتبر، سواء كان قبل تعديل الشهود أو بعده، فلا حاجة إلى ما ذكره من الصورة المقيدة اهـ. والمراد بالصورة المقيدة قوله إذا أقام البينة على العدالة. وفي العزمية: وقد يقال إنما لا تقبل البينة على الجرح المجرد لأنه لا يدخل تحت الحكم والبينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي إلزامه، وهذا لا يختلف بكونه قبل إقامة البينة على العدالة وكونه بعدها. وبالجملة ينبغي أن يطالب صدر الشريعة فيما ادعاه بالنقل فليتدبر اهـ. وفي شرح القهستاني: وفيه أي في كلام صدر الشريعة أن مراد الفقهاء أن القاضي لا يلتفت إلى هذه الشهادة ولكن يسأل عن شهود المدعي سراً وعلانية، فإذا ثبت عدالتهم تقبل كما في المضمرات اهـ. أقول: وأنت إذا حققت النظر يظهر لك عدم المخالفة بين كلامهم جميعاً فكلام السراج محتمل لقبولها على المجرد قبل التعديل، نعم ظاهره عدم القبول والمراد به أنها لا تثبت أمراً يسقطهم عن حيز القبول، أما ثبوت الطعن بها وعدم الحكم بشهادة المجروحين ما لم يعدلوا فلا كلام فيه، وهذا ما قاله صدر الشريعة في شرح الوقاية وهو ما حققه ملاخسر، وأيضاً من

....

التفصيل إنما هو فيما إذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهراً، أما إذا أخبر القاضي به سراً وكان مجرداً طلب منه البرهان عليه فإذا برهن عليه سراً أبطل الشهادة لتعارض الجرح والتعديل عنده فيقدم الجرح، فإذا قال الخصم للقاضي سراً إن الشاهد أكل الربا وبرهن عليه رد شهادته كما أفاد في الكافي كما قدمناه، وظاهر كلامه أن الخصم لا يضره الإعلان بالجرح المجرد وإنما يشترط الإخبار سراً في الشاهد. وفي الخانية: يمكن دفع الضرورة من غير هتك الستر بأن يقول شاهد الجرح ذلك للمدعي سراً أو يقول للقاضي في غير مجلس الحكم فلا يباح إظهار الفاحشة من غير ضرورة ا هـ. الثالث أن قولهم إذا تضمن حقاً من حقوق الشرع لم يكن مجرداً شامل لما إذا تضمن التعزير حقاً لله تعالى. فعلى هذا لو برهن أن الشاهد خلى بأجنبية تقبل لتضمنه إثبات التعزير لكن الظاهر أن مرادهم من الحق الحد فلا يدخل التعزير لقولهم وليس في وسع القاضي إلزامه لأنه يدفعه بالتوبة لأن التعزير حق لله تعالى يسقط بالتوبة بخلاف الحدود لا تسقط بها فوضح الفرق، ويدل عليه أنهم مثلوا للمجرد بآكل الربا مع أنه يوجب التعزير وبإقرارهم بالزور مع أنه يوجب التعزير فتعين إرادة الحدود فقط. الرابع أنهم جعلوا من المجرد هم زناة شربة الخمر ومن غيره أنهم زنوا أو شربوا الخمر فيحتاج إلى الفرق بينهما فقال الشارح: يحمل الأول على ما إذا تقادم العهد، والثاني على ما إذا لم يتقادم وإلا فلا فرق بينهما. الخامس أنه لا يدخل تحت الجرح ما إذا برهن على إقرار المدعي بفسقهم أو أنهم أجراء أو لم يحضروا الواقعة أو على أنهم محدودون في قذف أو على رق الشاهد أو على شركة الشاهد في العين كما قدمناه ولذا قال في الخلاصة: للخصم أن يطعن بثلاثة أشياء: أن يقول هما عبدان أو محدودان في قذف أو شريكان فإذا قال هما عبدان يقال للشاهدين أقيما البينة على الحرية وفي الآخرين يقال للخصم أقم البينة أنهما كذلك ا هـ.

فعلى هذا الجرح في الشاهد إظهار ما يخل بالعدالة لا بالشهادة مع العدالة، فإدخال هذه المسائل في الجرح المقبول كما فعل ابن الهمام مردود بل من باب الطعن كما في الخلاصة. وفي خزانة الأكمل: لو برهن على إقرار المدعي بفسقهم أو بما يبطل شهادتهم يقبل وليس هذا بجرح وإنما هو من باب إقرار الإنسان على نفسه ا هـ. السادس أن الإمام الخصاف لم

أنها أفادت الدفع أي عدم العمل بتلك قبل التعديل ولذا استوضح عليه بقبول خبر الواحد. وحاصله تسليم إفادتها مجرد الطعن لا إثبات فسق الشاهدين الرافع للقبول ما لم تمض مدة يظهر فيها حسن حالهما ويعدلوا بعدها، وهذا أيضاً معنى قول القهستاني لا يلتفت إلى هذه الشهادة أي لا يثبت بها فسقهم فتدبره قوله: **(وظاهر كلامه أن الخصم لا يضره الإعلام بالجرح المجرد)** لأن فسقه بإعلان الفاحشة لا يسقط حقه بخلاف فسق الشهود يسقط شهادتهم كما مر قوله: **(فيحتاج إلى الفرق بينهما فقال الشارح الخ)** نقل عن المقدسي أنه يمكن أن يفرق بما هو أظهر من هذا بأن قولهم شربة أو زناة

. . . .

يفرق بين المجرد وغيره في القبول إحياء للحقوق، ولما كان مخالفاً لصريح المذهب حمله المشايخ على ما إذا برهن على إقرار المدعي به أو على التزكية كما ذكره الشارح. ومعنى قولهم أو على التزكية بأن يجعل كشاهد زكاه نفر وجرحه نفر، ورده في فتح القدير بأن تقدم رده يعني لا ضرورة إلى إظهاره. السابع أن قولهم لو برهن على أن الشاهد شريك المدعي محمول على الشريكة عقداً فمهما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يراد أنه شريك في المدعى به وإلا كان إقراراً بأن المدعى به لهما. الثامن لو طعن الخصم بأنه ابن المدعي أو أبوه أو أحد الزوجين أو مملوكه تقبل كما في العناية. والحاصل أن الطعن بما لا يكون فسقاً بل رد الشهادة للتهمة مقبول، ومنه ما إذا برهن أن الشاهد كان وكيلاً عن المدعي وخاصم كما في السراج الوهاج. وعلى هذا لو برهن أن الشاهد عدّوه بسبب الدنيا تقبل إذا قلنا إن المنع من شهادته عليه للتهمة، وإن قلنا للفسق لا تقبل، وينبغي أن يكون الطعن بما يخل بالمروءة مما لم يكن فسقاً مقبول. التاسع أن الجرح المجرد إذا تضمن دفع ضرر عام يقبل ولذا قال في المعراج: فإن قيل أليس أنه عليه الصلاة والسلام قال اذكروا الفاسق بما فيه قلنا: هو محمول على ما إذا كان ضرره يتعدى إلى غيره ولا يمكن دفع الضرر عنه إلا بعد الإعلام ا هـ. وعلى هذا يجوز إثبات فسق رجل عند القاضي إذا كان ضرره عاماً كرجل يؤذي المسلمين بيده ولسانه ليمنعه من ذلك ويخرجه عن البلد. وفي كراهية الظهيرية: رجل يصلي ويضر الناس بيده ولسانه فلا بأس بإعلام السلطان به ليزجره ا هـ. وقد وقعت حادثة بالقاهرة أن ثلاث

أو أكلة ربا اسم فاعل وهو قد يكون بمعنى الاستقبال فلا يقطع بوصفهم بما ذكر بخلاف الماضي مثل قولهم شربوا أو زنوا اهـ. وهذا هو المتبادر من تخصيصهم في التمثيل للأول باسم الفاعل وللثاني بالماضي، فالظاهر أنه هو المراد والله تعالى أعلم. والمراد بتقادم العهد بأن زالت الريح في الخمر ومضى شهر في الباقي وبعدم تقادمه عدم ذلك قوله: **(ورده في فتح القدير بأن تقدم رده)** لعله «بأنه»فسقط الضمير المنصوب من الكاتب وعبارة الفتح، وقد تقدم في هذا ما يمنعه والذي قدمه هو قوله في جواب إيراد قبله حيث قال: وأورد أنه ينبغي أن تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو أن يجعلوا مزكين لشهود المدعي فيخبرون بالواقع من الجرح فيعارض تعديلهم، وإذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح. أجيب بأن المعدل في زماننا يخبر القاضي سراً تفادياً من إشاعة الفاحشة والتعادي اهـ. وفي الحواشي اليعقوبية بعد نقله ذلك: ويعلم من هذا أن قول بعض شراح الوقاية «قلت إذا كان يقبل جرح المزكي للشاهد بعد تعديل آخر إياه فليت شعري لم لم تقبل بينة المدعى عليه على الجرح المجرد» ليس بشيء كما لا يخفى فليتأمل اهـ. أي لأن المزكى لم يفسق بإظهار الفاحشة لأنه يزكي سراً بخلاف الشاهد فإنه إذا أظهرها فسق فلا يقبل جرحه تأمل قوله: **(محمول على الشركة عقداً فمهما حصل من هذا الباطل الخ)** أي من هذا المال الباطل المدعى به، ثم إن قوله «عقداً» يشمل العنان ولا يلزم منها أن يكون له فيه منفعة. ثم رأيت في الفتح وغيره

أوهمت بعض شهادتي تقبل لو كان عدلاً.

إخوة ببولاق شهد جمع كثير عليهم بأنواع من الفسق وإيذاء الناس والتزوير فأفتيت بقبول الشهادة ليزجرهم الحاكم دفعاً للضرر العام فزجرهم وكان في شهر رمضان. العاشر من البزازية من فصل التحليف: طعن المدعى عليه في الشاهد بأنه كان ادعاها لنفسه ورام تحليفه لا يحلف وإن برهن تقبل ا هـ. فعلى هذا كل طعن يقبل عند البرهان لا تحليف عليه عند عدمه على الشاهد وعلى المدعي. وهل يقبل إقرار الشاهد به ويصير كالبرهان؟ لم أره وينبغي القبول ولذا قال الزيلعي: لو برهن على إقرار الشهود أنهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق تقبل ا هـ. ولا يعارضه قوله لو برهن على إقرار الشهود أنهم شهدوا بالزور أو أنهم أجراء في هذه الشهادة أو أن المدعي مبطل في هذه الدعوى أو أنهم لا شهادة لهم فإنها لا تقبل وقدمناه. الحادي عشر أنا قدمنا أن المدعى عليه إذا ادعى أنه دفع لهم مالاً لئلا يشهدوا عليه بهذا الباطل وطلب استرداده أو ادعى أن المدعي دفع له من مالي كذا ليشهدوا عليه وطلب رده وبرهن تقبل فقلت: وكذا إذا ادعى أجنبي أنه دفع لهم كذا لئلا يشهدوا على فلان بهذه الشهادة وطلب رده وثبت إما ببينة أو إقرار أو نكول فإنه يثبت به فسق الشاهد فلا تقبل شهادته. وقيد بدفع المال ومفهومه لو ادعى المدعى عليه أنه استأجرهم لئر يشهدوا عليه ولم يدع دفع المال فأقروا لم تسقط العدالة وبه صرح الشارحون. الثاني عشر أن الطعن برقهما لا يتوقف على دعوى سيدهما وأن إثباته لا ينحصر في الشهادة بل إذا أخبر القاضي برقهما أسقط شهادتهما، والأحسن أن يكون بالشهادة، وإذا سألهما القاضي فقالا أعتقنا سيدنا وبرهنا ثبت عتق السيد في غيبته، فإذا حضر لا يلتفت إلى إنكاره كما في خزانة الأكمل. وأما الجرح بأنه قاذف فإنه يتوقف على دعوى المقذوف كما أشار إليه في فتح القدير.

قوله: **(ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي تقبل لو كان عدلا)** لأنه قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح العذر فيقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل أي ثابت العدالة عند القاضي أو لا وسأل عنه فعدل؛ كذا في فتح القدير. يعني هو احتراز عن

قال: إنه شريك مفاوض إلى آخر العبارة وهو الصواب. وقوله «لا أن يراد» معطوف على ما قبله وفي بعض النسخ «إلا أن يراد» وهو تحريف قوله: **(رجل يصلي ويضر الناس الخ)** قال الرملي: هذا لا يفيد إثبات الفسق المجرد على طريق الشهادة الشرعية بل يفيد جواز إعلام السلطان به ليزجره ويمنعه، ومن ثم أجاب شيخ الإسلام أبو السعود العمادي مفتي الديار الرومية لما سئل عن جماعة من المسلمين شهدوا على رجل أنه إذا صحب من له أمر ونهي من القضاة والولاة وغيرهم يتطاول على بعض الناس بالسب والشتم وأخذ المال بغير حق ولا يزال المسلمون يتضررون بذلك منه فماذا يلزمه؟ أجاب: هذه الصورة ليست من باب الشهادة الشرعية ولكن إن كان ذلك متواتراً عندهم لا بد من تعزير بالضرب المبرح ثم حبسه إلى أن تظهر منه التوبة وصلاح الحال. اهـ كلامه. ذكره الغزي.

....

المستور لا عن الفاسق لأن الفاسق لا شهادة له. قيد بقوله «ولم يبرح» أي لم يفارق مكانه كما في المصباح لأنه لو قام لم يقبل منه ذلك لجواز أنه غره الخصم بالدنيا. وترك المؤلف قيداً مذكوراً في المحيط البرهاني هو إذا لم يكذبه المشهود له وجعل فيه إطالة المجلس كالقيام عنه وهو رواية هشام عن محمد، وقيد جواب المسألة بأن يكون قبل القضاء أما بعده فإن قالوا بعد القضاء بالدار لا ندري لمن البناء فلا ضمان عليهم للشك، وإن قالوا ليس البناء له ضمنوا قيمته وسيأتي إيضاحه أيضاً. ولم يذكر المؤلف معنى القبول للاختلاف فيه ففيه يقضى بجميع ما شهد به لأنه صار حقاً للمدعي فلا يبطل بقوله أوهمت. واختاره في الهداية لقوله في جواب المسألة جازت شهادته، وقيل يقضي بما بقي إن تدارك بنقصان وإن بزيادة يقضى بها إن ادعاها المدعي لأن ما حدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عندها وإليه مال شمس الأئمة السرخسي واقتصر عليه قاضيخان، وعزاه إلى الجامع الصغير. وعلى هذا معنى القبول العمل بقوله الثاني فعلى الأول يقرأ المتن بالتاء تقبل أي الشهادة، وعلى الثاني بالياء أي يقبل بقوله أوهمت. وقيد المصنف في الكافي تبعاً للهداية بأن يكون موضع شبهة كالزيادة

قوله: **(فقيل يقضي بجميع ما شهد به الخ)** هذا التعبير وكذا التعليل لا يشمل ما إذا تدارك بزيادة لكن عبارة فتح القدير تفهم أنه يقضي بالزيادة أيضاً فإنه قال بعد التعليل المذكور لهذا القيل: ولا بد من تقييده بأن يكون المدعي يدعي الزيادة فإنه لو شهد له بألف وقال بل بألف وخمسمائة لا يدفع إلا إن ادعى الألف وخمسمائة، وصورة الزيادة حينئذ على تقدير الدعوى أن يدعي ألفاً وخمسمائة فيشهد بألف ثم يقول أوهمت إنما هو ألف وخمسمائة لا ترد شهادته بألف وخمسمائة اهـ. وعبارة العناية تفيد أنه لا يقضى بالزيادة فإنه قال: كما إذا شهد بألف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة أو بالعكس فإنها تقبل إذا قال في المجلس بجميع ما شهد أو لا عند بعض المشايخ وبما بقي وزاد عند آخرين قوله: **(واختاره في الهداية لقوله في جواب المسألة جازت شهادته)** فيه نظر لأن جواز الشهادة الأولى أي عدم ردها لا يستلزم أن لا يقضى بما استدركه ولذا قال في فتح القدير: وإذا جازت شهادته ولم ترد فبماذا يقضى؟ قيل بجميع **ما شهد به**، وقيل بما بقي فقط الخ. فجعل كلام الهداية محتملاً للقولين على أنه في العناية ذكر أن في كلام الهداية إشارة إلى ما مال إليه شمس الأئمة وذلك لأنه قال في الهداية بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط، ولأن المجلس إذا تحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك إذا اختلف اهـ. ففي الدليل الثاني إشارة إلى القول الثاني بل قال في السعدية: في الدليل الأول أيضاً إشارة إليه يظهر ذلك بالتأمل. ورجح في السعدية أيضاً الثاني حيث قال: والأظهر عندي قول الآخرين فإنه على قول بعض المشايخ يكون الشاهد مكذباً في قوله الثاني فينبغي أن لا تقبل شهادته مطلقاً اهـ. فتدبر قوله: **(فعلى الأول يقرأ المتن بالتاء)** فيه أن القراءة نابعة للرسم وفي حاشية أبي السعود كونه بالتاء الفوقية أو الياء التحتية لا يعين أحدهما لأن ما ذكره الشاهد

....

والنقصان في قدر المال أما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام مثل أن يدع لفظ الشهادة وما يجري مجراه وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف القبول في غير المجلس في الكل والظاهر الأول، وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض الحدود أو في بعض النسب ثم تذكر ذلك تقبل لأنه قد يبتلى به في مجلس القاضي ا هـ.

وإنما يتصور ذلك قبل القضاء لأن لفظ الشهادة وبيان اسم المدعي والمدعى عليه والإشارة إليها شرط القضاء. وأطلق المؤلف القبول فشمل ما إذا كان بعد القضاء وبه صرح في النهاية معزياً إلى أبي حنيفة وأبي يوسف، وعليه الفتوى كما في الخانية، ولا يضمن إذا رجع بعد القضاء جزماً كما في المعراج. ومعنى قوله «أوهمت» أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة كما في الهداية. وفي المصباح: أو هم من الحساب مائة مثل أسقط وزناً ومعنى، وأوهم من صلاته ركعة تركها ا هـ. وقوله الشاهد شككت أو غلطت أو نسيت مثل أوهمت كما في المعراج. وفي البزازية: ولو غلطوا في جد أو جدين ثم تداركوا في المجلس أو غيره يقبل عند إمكان التوفيق بأن يقولوا كان اسمه فلاناً ثم صار اسمه فلاناً أو باع فلان واشتراه المذكور ا هـ. وظاهر قوله بعض شهادتي يفيد أنه لو قال أوهمت الحق إنما هو لفلان آخر لا هذا لم يقبل ولذا قال في السراجية: شهدا أنه سرق من هذا ثم قالا غلطنا سرق من هذا لم يقض بشهادتهما لأنهما أقرا بالغفلة، ولم يعلل بأن الحد يدرأ بالشبهة فظاهره أنه في غير السرقة كذلك للتعليل بالغفلة، وظاهر الولوالجية أنه لا قطع ولا ضمان مال قال بخلاف ما إذا أقر أنه سرق من هذا مائة ثم قال غلطت إنما سرقت مائة من هذا فإنه

أولاً وثانياً يصدق عليه أنه قول وشهادة قوله: **(كالزيادة والنقصان في قدر المال)** أي فهذا يشرط فيه المجلس وعدم البراح بخلاف ما بعده فالمراد بقوله «وقيد المصنف في الكافي الخ» تقييد القبول المقيد بعدم البراح قوله: **(وعلى هذا)** أي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم لو ذكر الشرقي مكان الغربي أو بالعكس أو ذكر محمد بن أحمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر فإن تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت وإلا فلا عناية قوله: **(وعليه الفتوى كما في الخانية)** عبارتها: وعن أبي حنيفة في المجرد إذا شهد عند القاضي بشهادة ثم زاد فيها قبل أن يقضي القاضي أو بعدما قضى أو قالا وهمنا وهما غير متهمين قبل القاضي ذلك منهما. وذكر الناطفي في الواقعات: ولو قال الشاهد تعمدت ولم أغلط ثم بدا لي فرجعت كان ذلك رجوعاً عن شهادته، والفتوى على ما ذكر في المجرد عن أبي حنيفة، فأما تقييد المطلق وتعيين المحتمل يصح من الشهود وإن كان ذلك بعد الافتراق وتمامه فيها في فصل فيمن لا تقبل شهادته للتهمة. وظاهره أن الفتوى على قبول ذلك الاستدراك أيضاً فيؤيد ما رجحه في السعدية.

قوله: **(وظاهر الولوالجية أنه لا قطع ولا ضمان)** كذا هو ظاهر تعليل السراجية كما لا يخفى.

باب الاختلاف في الشهادة

الشهادة إن وافقت الدعوى قبلت وإلا فلا ادعى داراً إرثاً أو شراء فشهدا بملك

لا يقطع ويلزمه المالان. وفي الخانية: ثلاثة شهدوا في حادثة ثم قال أحدهم قبل القضاء أستغفر الله قد كذبت في شهادتي فسمع القاضي ذلك القول ولم يعلم أيهم قال فسألهم القاضي فقالوا: كلنا على شهادتنا قالوا: لا يقضي القاضي بشهادتهم ويقيمهم من عنده حتى ينظروا في ذلك؛ فإن جاء المدعي باثنين منهم في ذلك اليوم الثاني يشهدان بذلك جازت شهادتهم ا هـ. وفي المحيط البرهاني: شهدا أن له عليه درهماً أو درهمين جازت على درهم لو كان في يده درهمان صغير وكبير وأقر بإحداهما لرجل ثم جحد فشهدا بذلك جازت على الصغير منهما استحساناً، سواء أقر بإحداهما بغير عينه أو بعينه ثم نسياه، وكذا المكيل كله والموزون كله إذا كان صنفاً واحداً يقضي بالأوكس، وإذا اختلف النوعان أبطل الإقرار وكل شيء يضمن فيه القيمة وقد صارت ديناً فعليه أوكس القيمتين نحو أن يشهدا أنه غصب منه ثوباً هروياً أو مروياً وأحرقه قالا سمى لنا هكذا أو سمى لنا أحدهما بعينه فنسيناه ا هـ. والله تعالى أعلم.

باب الاختلاف في الشهادة

قال في المصباح: خالفته مخالفة وخلافاً وتخالف القوم واختلفوا إذا ذهب كل واحد إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر ا هـ. واختلاف الشهادة شامل لمخالفتها للدعوى ولاختلاف الشاهدين ولاختلاف الطائفتين قوله: **(لشهادة إن وافقت الدعوى قبلت وإلا فلا)** لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة فقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها، والمراد بالموافقة والمطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما إذا كان أكثر؛ كذا في فتح القدير. وأطلق الموافقة ولم يقيدها باللفظ والمعنى كما في الموافقة بين الشاهدين ليفيد عدم الاشتراط وأن الموافقة معنى كافية فلو ادعى الغصب أو القتل فشهدا بإقرار المدعى عليه بذلك تقبل، ولو شهد واحد منهما بالغصب أو القتل والآخر بالإقرار به

باب الاختلاف في الشهادة

قول المصنف: **(الشهادة إن وافقت الدعوى قبلت)** صدر الباب بهذه المسألة مع أنها ليست من الاختلاف في الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ألا ترى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى على من له أدنى بصيرة. سعدية قوله: **(فقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها)** قال في الحواشي السعدية: أما وجودها عند الموافقة فظاهر، وأما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم أية دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود وتمامه فيها قوله: **(ولو شهد واحد منهما بالغصب أو القتل الخ)** قال الرملي وفي

....

لا تقبل؛ كذا ذكر الشارح. ومن المخالفة المانعة ما إذا شهدت بأكثر. ومن فروعها دار في يد رجلين اقتسماها وغاب أحدهما فادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعاً فشهدوا أن له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لأنها بأكثر من المدعى به، ولو ادعى داراً واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا شيئاً لا تقبل، وكذا لو استثنى بيتاً ولم يستثنوه إلا إذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل؛ كذا في فتح القدير. ومن أمثلة كون المشهود به أقل ما في الخلاصة: ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدوا على النقرة والوزن ولم يذكر أجيدة أو رديئه أو وسطاً تقبل ويقضى بالرديء بخلاف ما إذا ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولاً فشهدوا على غير المنخول لا تقبل ا هـ. مع أنهم شهدوا بأقل فيما إذا شهدوا به غير منخول والدعوى بالمنخول بدليل عكسه. وفي جامع الفصولين: ادعى الإتلاف وشهدا بقبضه تقبل ولو ادعى أنه قبض مني كذا درهماً بغير حق وشهدا أنه قبضه بجهة الربا تقبل، ولو ادعى الغصب وشهدا بقبضه بجهة الربا لا تقبل إذا الغصب قبض بلا إذن والقبض بجهة الربا قبض بإذن، ولو ادعى أنه غصب منه وشهدا أنه ملك المدعي وفي يده بغير حق لا تقبل لا على الملك لأنهما لم يقولا غصبه منه ولا على الغصب لأنهما شهدا أنه بيده بغير حق، **ويجوز أن يكون بيده بغير حق لا من جهة** المدعي بأن غصبه من غير المدعي لا منه ا هـ. ثم قال: ادعى أنه قبض من مالي كذا قبضاً موجباً للرد وشهدا أنه قبضه ولم يشهدا أنه قبض قبضاً موجباً للرد تقبل في أصل القبض فيجب رده، ولو شهدا أنه أقر بقبضه ينبغي أن تقبل قياساً على الغصب. ادعى أنه أهلك أقمشتي كذا وعليه قيمتها فشهدا أنه باع وسلم لفلان يقبل لأنه إهلاك، ولو ذكرا بيعاً لا تسليماً لا يكون شهادة بإهلاك ثم قال: ادعى شراء منه فشهدا بشراء من وكيله ترد، وكذا لو شهدا أن فلاناً باع وهذا المدعى عليه أجاز بيعه ثم قال ادعى أن مولاي أعتقني وشهدا أنه حر ترد لأنه يدعي حرية عارضة وشهدا بحرية مطلقة فيصرف إلى حرية الأصل وهي زائدة على ما ادعاه، وقيل تقبل لأنهما لما شهدا أنه حر شهدا بنفس الحرية. قال: والأمة لو ادعت أن

جامع الفصولين لط: شهد بنحو بيع وآخر بإقراره به تقبل لأنه قول فلا ترد إلا إذا كانت صيغة الإنشاء بخلاف صيغة الإخبار كقذف شهد به وآخر بإقرار، ولو شهد بنحو غصب وآخر بإقراره ترد لأنه فعل قوله: **(وفي يده)** أي يد المدعى عليه قوله: **(ويجوز أن يكون بيده بغير حق لا من جهة المدعي)** هذا يدفع تنظير صاحب جامع الفصولين في تعليل المسألة وقوله «إن هذا الاختلاف لا يمنع قبول الشهادة» لأنهما شهدا بأقل مما ادعى إذ في دعوى الغصب منه دعوى أنه بيده بغير حق مع زيادة دعوى الفعل فينبغي أن يقبل مع أن عدم القبول في أمثاله يفضي إلى التضييق وتضييع كثير من الحقوق والحرج مدفوع شرعاً اهـ فتدبر.

....

فلاناً أعتقني وشهدا أنها حرة تقبل إذ الدعوى ليست بشرط هنا فعلى هذا ينبغي أن يكون الخلاف المذكور في القن على قول أبي حنيفة، أما على قولهما ينبغي أن يقبل في القن رواية واحدة كما في الأمة إذ الدعوى ليست بشرط في القن عندهما كالأمة، ولو ادعى حرية الأصل وشهدا أن فلاناً حرره قيل ترد وقيل تقبل لأنهما شهدا بأقل ما ادعاه ا هـ. وبه علم أن المطابقة بين الدعوى والشهادة إنما هي شرط فيما إذا كانت الدعوى فيه شرطاً وإلا فلا، ولذا لو ادعت الطلاق فشهدا بالخلع تقبل كما سيأتي.

والحاصل أنهم إذا شهدوا بأقل مما ادعى تقبل بلا توفيق، وإن كان بأكثر لم تقبل إلا إذا وفق، فلو ادعى ألفاً فشهدا بألف وخمسمائة فقال المدعي كان لي عليه ألف وخمسمائة إلا أني أبرأته من خمسمائة أو قال استوفيت منه خمسمائة ولم يعلم به الشهود تقبل، وكذا في الألف والألفين ولا يحتاج إلى إثبات التوفيق بالبينة لأن الشيء إنما يحتاج إلى إثباته بالبينة إذا كان سبباً لا يتم بدونه ولا ينفرد بإثباته كما إذا ادعى الملك بالشراء فشهد الشهود بالهبة فإن ثمة يحتاج إلى إثباته بالبينة، أما الإبراء فيتم به وحده. ولو أقر بالاستيفاء يصح إقراره ولا يحتاج إلى إثباته لكن لا بد من دعوى التوفيق هنا استحساناً، والقياس أن التوفيق إذا كان ممكناً يحمل عليه وإن لم يدع التوفيق تصحيحاً للشهادة وصيانة لكلامه. وجه الاستحسان أن المخالفة بين الدعوى والشهادة ثابتة صورة فإذا كان التوفيق مراداً تزول المخالفة، وإن لم يكن التوفيق مراداً لا تزول بالشك، فإذا ادعى التوفيق ثبت التوفيق وزالت المخالفة. وذكر الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده أن محمداً شرط في بعض المواضع دعوى التوفيق ولم يشترط في البعض، وذاك محمول على ما إذا ادعى التوفيق أو ذاك جواب القياس فلا بد من دعوى التوفيق، فلو قال المدعي ما كان لي عليه إلا ألف درهم فقط لا تقبل شهادتهم كذا في الخانية. ولا فرق في كون المشهود به أقل بين أن يكون في الدين أو في العين، فلو ادعى كل الدار فشهدا بنصفها قضى بالنصف من غير توفيق؛ كذا في الخانية. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أن المدعي إذا أكذب شهوده في جميع ما شهدوا به له أو بعضه بطلت شهادتهم، إما لأنه تفسيق للشاهد أو لأن الشهادة لا تقبل بدون الدعوى، فلو شهد الشهود بدار لرجل فقالوا هذا البيت من هذه الدار لفلان رجل آخر غير المدعي فقال المدعي ليس هو لي فقد أكذب شهوده، وإن قال هذا قبل القضاء لا يقضى له ولا لفلان بشيء، فإن كان بعد القضاء فقال هذا البيت لم يكن لي إنما هو لفلان قال أبو يوسف أجزت إقراره لفلان وجعلت له البيت وأرد ما بقي من الدار على المقضى عليه ويضمن قيمة البيت للمشهود عليه، ولأبي يوسف قول آخر أنه يضمن قيمة البيت للمشهود عليه ويكون ما بقي من الدار للمشهود له؛

قوله: **(والحاصل أنهم إذا شهدوا بأقل مما ادعى تقبل بلا توفيق)** انظر ما سنذكره في شرح

. . . .

كذا في الخانية. ثم اعلم أن المدعي إذا كذب شهوده إنما ترد شهادتهم إذا كذبهم فيما وقعت الدعوى به، أما إذا صدقهم فيها وكذبهم في شيء زادوه فإنها تقبل له فيما ادعاه إن لم يدعه المدعى عليه، وعلى هذا قال في الخانية: شهد الرجل أن فلاناً غصب عبده ولكنه قد رده عليه بعده فمات عنده مولاه فقال المغصوب منه لم يرده علي وإنما مات عند الغاصب وقال المشهود عليه ما غصبته عبداً ولا رددته عليه وما كان من هذا من شيء قال: إذا لم يدع شهادتهما ضمنته القيمة. وكذا لو شهدا أنه غصبه عبداً له فجاء مولاه قتله عند الغاصب فقال المغصوب منه ما قتلته ولكنه قد غصبه ومات عنده وقال المشهود عليه ما غصبته عبداً ولا قتل هذا المدعي عبداً له في يدي كان عليه قيمته، وكذا لو شهدا أن لهذا علي هذا ألف درهم ولكنه قد أبرأه منها وقال المدعي ما أبرأته عن شيء وقال المشهود عليه ما كان له علي شيء ولا أبرأني عن شيء قال: إذا لم يدع شهادتهما على البراءة قضيت عليه بالألف ا هـ. ثم اعلم أن المدعي إذا تكلم بكلام يحتمل أن يكون تكذيباً فإن كان قبل القضاء لا يقضى له، وإن كان بعده لم يبطل إلا أن يكون تكذيباً للشاهد قطعاً، فلو قضى له بالدار بالبينة فأقر أنها لرجل غير المقضى عليه لا حق للمدعي فيها وصدقه فلان أو كذبه لم يبطل القضاء لاحتمال النفي من الأصل واحتمال أنه ملكها إياه بعد القضاء، وإن كان في مجلس القضاء فلا يبطل بالشك، فلو قال بعد القضاء هي لفلان لم تكن لي قط فإن بدأ بالإقرار وثنى بالنفي أو عكسه فإن صدقه المقر له في الجميع بطل القضاء ويرد على المقضى عليه ولا شيء للمقر له، وإن كذبه في النفي وصدقه في الإقرار كان للمقر له وضمن المقر قيمة الدار للمقضى عليه، سواء بدأ بالإقرار أو بالنفي؛ كذا ذكر في الجامع. قالوا: هذا إذا بدأ بالنفي وثنى بالإقرار موصولاً، أما إذا كان مفصولاً لم يصح وتمامه في الخانية بخلاف المقر له إذا قال هي لفلان ما كان لي قط لأن ثمة لا منازع للثالث فيسلم له، وهنا المقضى عليه ينازعه؛ كذا في التلخيص.

وفي المحيط البرهاني: قضى له بالدار ببنائها ببينة ثم قال ليس البناء لي وإنما هو للمدعى عليه بطل القضاء لأنه إكذاب للشاهد بخلاف ما إذا قال البناء له فليس بإكذاب هكذا في الأقضية. وفرق بين ما إذا ذكروا البناء في شهادتهم فيكون إكذاباً أو لا فلا في شهادات الأصل، وإذا ذكروه فلا فرق بين النفي والإثبات فقط في كونه تكذيباً. ولو ادعى قدراً وبرهن عليه ثم أقر بقبض بعضه فإن أقر بما يدل على قبضه قبل الدعوى والبينة فهو تكذيب لشهوده وإلا فلا، ولو ادعى أربعمائة درهم وقضى له ببينة ثم أقر أن للمدعى عليه

المقولة الآتية عند مسألة دعوى النتاج وتأمله قوله: (ليس هو لي) لعله له قوله: **(إن لم يدعه المدعى عليه)** يعني إن لم يدع الزائد لا ما ادعاه المدعي وإن أوهمه كلامه يظهر ذلك من التأمل في المسائل الآتية.

....

مائة سقط عنه مائة اتفاقاً. وهل تسقط الثلاثمائة؟ قولان كما في المحيط وغيره، والفتوى على عدمه كما في الملتقط. وفي المحيط: شهدا له على رجل بألف وعلى آخر بمائة فصدقهم في الأول وكذبهم في الثاني بطلتا، وكذا لو شهدا بغصب ثوبين فصدقهما في أحدهما وكذبهما في الآخر بطلت فيهما، ولو قضى لثلاثة بميراث عن أبيهم ثم قال أحدهم مالي فيه حق وإنما هو لأخوي كان الكل لهما، فإن قال لم يكن لي فيه حق وإنما هو لهما بطلت حصته عن المقضى عليه. ولو ادعى أنه أوصى له بألف درهم وبرهن عليه ثم ادعى أنه ابن الموصي ولم يبرهن فله الأقل من الميراث ومن الألف. وقال محمد: الوصية باطلة ولا شيء له ا هـ. وفي البزازية: ادعى المديون الإيفاء فشهدا على إبراء الدائن أو على أنه حالله تقبل كما لو ادعى الغصب فشهدا بالإقرار به تقبل. ادعى الكفيل بالأمر الإيفاء وشهدا على البراءة تقبل. ووضع المسألة على الإيفاء ليعلم أن الإيفاء غير مقتصر عليه ولهذا لا يرجع الكفيل على الأصيل ويرجع الطالب على الأصيل كأنه إبراء الكفيل وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل. وإنما ذكره ليؤذن أن المقضى به براءة الكفيل لا الإيفاء، وهذا لأن دعوى الكفيل تتضمن البراءة مع تمكنه بالرجوع على الأصيل وشاهداه شهدا على القطع ببعض دعواه فيقبل في ذلك لا في الزائد ا هـ. وفي السراجية: ادعى عشرة آلاف درهم فشهدا له بمبلغ عشرة آلاف درهم لم تقبل لأن مبلغ هذا المال مال آخر. شهدا على دعوى أرض أنها خمسة مكاييل وأصابا في بيان حدودها وأخطآ في المقدار قبلت ا هـ. وفي العرف أن المبلغ هو القدر فإنهم يقولون قبض مبلغ كذا أي قدر كذا لا مال آخر فينبغي أن تقبل الشهادة في عرفنا. وفي القنية: ادعى المديون الإيصال إلى الدائن متفرقاً وشهد شهوده بالإيصال مطلقاً أو جملة لا تقبل. ادعت على زوجها أنه وكل وكيلاً فطلقني وشهدا أنه طلقها بنفسه يقع الطلاق. ادعت الطلاق فشهدا بالخلع تسمع لأن وجه التوفيق ممكن، ولو ادعى المديون الإبراء وشهدوا أن المدعي صالح المدعى عليه بمال معلوم تقبل شهادتهم إن كان الصلح بجنس الحق لحصول الإبراء عن البعض بالاستيفاء عن البعض بالإسقاط، ولو ادعى عليه خمسة دنانير بوزن سمرقند فشهدوا فسألهم القاضي عن الوزن فقالوا بوزن مكة تقبل شهادتهم إن كان وزن مكة مثل وزن سمرقند أو أقل وإلا فلا. ادعت أنها اشترت هذه الجارية من زوجها بمهرها وشهدوا أن زوجها أعطاها مهرها من غير أن يجري البيع بينهما تقبل ا هـ. وبما قررناه علم أن المستثنى من قوله «وإلا لا» ثلاث عشرة مسألة وسيأتي قريباً ثمانٍ أخرى في الإقرار والإنشاء، واثنان في المقيد بسبب والمطلق فصارت ثلاثة وعشرين فليتأمل. ثم اعلم أن في الحقيقة لا استثناء لأن المخالفة المانعة أن يكون المشهود به أكثر ففي كل صورة قالوا بالمنع إنما هو لكونه أكثر من المدعي وفي كل موضع قالوا بالقبول مع صورة المخالفة فإنما هو لكون المشهود به أقل وكان كذلك في عتق الجارية وطلاق المرأة يعرف ذلك بالتأمل في كلامهم.

مطلق لغت وبعكسه لا ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظاً ومعنى فإن شهد أحدهما بألف

قوله: **(ادعى داراً إرثاً أو شراء فشهدا بملك مطلق لغت)** أي لا تقبل البينة لأنهما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعي لأنه ادعى ملكاً حادثاً وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فإن الملك في المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق المدعي بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث، وترجع الباعة بعضهم على بعض فصارا غيرين والتوفيق متعذر لأن الحادث لا يتصور أن يكون قديماً ولا القديم حادثاً. وقد جعل المؤلف رحمه الله تعالى دعوى الإرث كدعوى الشراء والمشهور أنه كدعوى المطلق؛ كذا في فتح القدير، وجزم به في البزازية. وقيد بالدار للاحتراز عن الدين لأن فيه اختلافاً. وفي فتح القدير: لو ادعى الدين بسبب القرض فشهدا بملك مطلق لا تقبل. وفي المحيط لا يدل على القبول، وعندي الوجه القبول لأن أولية الدين لا معنى له بخلاف العين. ولو ادعى عليه ألفاً ديناً فشهدا أنه دفع إليه ألفاً ولا ندري بأي وجه دفع قيل لا تقبل والأشبه إلى الصواب أن تقبل؛ كذا في البزازية. وترك المؤلف رحمه الله شرطين في دعوى الشراء: الأول أن يدعيه من رجل معروف بأن قال ملكي اشتريته من فلان وذكر شرائط المعرفة، أما إذا قال ملكي اشتريته من رجل أو قال من محمد والشهود شهدوا

قوله: **(حتى يستحق المدعي بزوائده)** فاعل يستحق ضمير المشهود له والمدعى بالفتح مبني للمجهول. وفي الخانية: والملك المطلق يظهر في حق الزوائد وفي رجوع الباعة بعضهم على بعض فصار كأنهم شهدوا له بالزائد قضاء فلا تقبل شهادتهم. وأشار محمد في الكتاب إلى معنى آخر فقال: المدعي أقر بالملك لمن ادعى الشراء منه ثم ادعى الانتقال إلى نفسه بالشراء ولم يثبت الانتقال لأنهم لم يشهدوا بالانتقال فلا تقبل شهادتهم اهـ. وبهذا المعنى الآخر ظهر وجه ما يأتي من القبول فيما لو ادعى الشراء من مجهول وشهدوا بالمطلق قوله: **(وجزم به في البزازية)** كذا جزم به في الخلاصة قوله: **(وعندي الوجه القبول الخ)** هو من كلام صاحب الفتح. قال الرملي قال في التتارخانية ناقلاً عن المحيط: ولو ادعى على رجل ألف درهم وقال خمسمائة منها ثمن عبد اشتراه مني وقبضه وخمسمائة منها ثمن متاع اشتراه مني وقبضه وشهد الشهود له بالخمسمائة مطلقاً قبلت الشهادة على الخمسمائة، فهذه المسألة تنصيص على أن المدعي إذا ادعى الدين بسبب وشهد الشهود مطلقاً أنه تقبل على الدين، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني، والمسألة مرت من قبل اهـ. وهو ما تفقه به في فتح القدير اهـ. قلت: وفي نور العين: وقيل تقبل وهو الصحيح. والفرق بين العين والدين أن العين تحتمل الزوائد في الجملة وحكم المطلق أن يستحق بزوائده والملك بسبب بخلافه فيصير بالسبب مكذباً لشهوده بالمطلق بخلاف الدين لأنه لا يحتمل الزوائد فلا إكذاب فافترقا اهـ. وهكذا حرره ملا علي التركماني في مجموعته الكبرى قوله: **(الأول أن يدعيه من رجل معروف الخ)** قال في نور العين: أما لو ادعى من مجهول بأن يقول شريته من محمد أو أحمد فبرهن على الملك المطلق يقبل لأن أكثر ما فيه أنه أقر بالملك لبائعة وهو لم يجز لأنه أقر لمجهول وهو باطل فكأنه لم يذكر الشراء. فش: قيل لا

....

على الملك المطلق تقبل؛ كذا في الخلاصة. الثاني أن لا يدعي القبض مع الشراء فإن ادعاهما فشهدوا على الملك المطلق تقبل؛ كذا في الخلاصة. وقيد بما يكون له أسباب متعددة للاحتراز عما إذا كان للملك سبب واحد فشهدوا بالمطلق تقبل كما لو ادعى أنها امرأته بسبب أنه تزوجها بكذا فشهدوا أنها منكوحته ولم يذكروا أنه تزوجها تقبل ويقضى بمهر المثل إذا كان بقدر المسمى أو أقل، فإن زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة كما في الخلاصة. وأشار المؤلف إلى أن الملك المؤرخ أقوى منه بلا تاريخ فلو أرخ في دعوى الملك وأطلق شهوده لا تقبل، وفي عكسه المختار القبول كما في الخلاصة. ولو ادعى الشراء وأرخه فشهدوا له بلا تاريخ تقبل لأنه أقل وعلى القلب لا تقبل، ولو كان للشراء شهران فأرخوا شهراً تقبل وعلى القلب لا تقبل؛ كذا في فتح القدير. وإلى أنه لو ادعاه بسبب فشهدا بسبب آخر كألف من ثمن مبيع فشهدا بألف من ثمن مغصوب هالك لا تقبل كما في الخلاصة. هذا إذا اختلفا فيما هو المقصود، فإن اتفقا فيه كدعوى ألف كفالة عن فلان فشهدا بألف كفالة عن آخر فإنها تقبل كما في الخلاصة أيضاً إلا إذا قال الطالب لم يقر كذلك بل أقر أنها كفالة حالة فإنها لا تقبل لأنه أكذب شهوده؛ كذا في البزازية. وكما في أسباب ملك العين كما في البزازية أيضاً قال: والملك بسبب الهبة كالملك بالشراء وكذا كلما كان عقداً فهو حادث ا هـ. فعلى هذا لو ادعى عيناً بسبب شراء فشهدا بأنها ملكه بالهبة تقبل. وفيها أيضاً: لو وقعت المخالفة بين الدعوى والشهادة ثم أعادوا الدعوى والشهادة واتفقوا تقبل ا هـ. وإلى أنه لو تحمل الشهادة

يقبل في المجهول أيضاً لأنهم شهدوا بأكثر مما يدعيه قوله: **(الثاني أن لا يدعي القبض مع الشراء إلى قوله تقبل)** قال في فتح القدير: وحكي في فصول العمادي خلافاً؛ قيل تقبل لأن دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد، وقيل لا لأن دعوى الشراء معتبرة في نفسها لا كالمطلق ألا ترى أنه لا يقضى له بالزوائد في ذلك قوله: **(ولو ادعى الشراء وأرخه الخ)** ذكره في الخلاصة أيضاً. وانظر ما الفرق بينه وبين ما قبله، والذي ظهر لي أن الشهادة بالملك المطلق بدون تاريخ أقوى منه بعد دعواه مؤرخاً لأنه بدون تاريخ محتمل الأولية ففي الشهادة به زيادة فلا يصح التفريع الذي ذكره تأمل قوله: **(لأنه أكذب شهوده كذا في البزازية)** قال الرملي: والذي في البزازية: شهدا أنه أقر أنه كفل بألف عن زيد وقال الطالب نعم إنه أقر كذلك لكن كانت الكفالة عن خالد بها، له أن يأخذ المال وتقبل الشهادة لإتفاقهما على المقصود فلا يضره اختلاف السبب، ولو قال الطالب لم يقر كذلك إلى آخر ما نقله هنا ففي النقل قصور كما ترى قوله: **(لو وقعت المخالفة بين الدعوى والشهادة الخ)** قال الرملي: وتقدم في مسائل شتى ما لو قال المتناقض تركت الكلام الأول واستقر على الثاني اهـ. قلت: وتقدم أيضاً في الاستحقاق لكن في الحامدية عن حاوي الزاهدي: أقام الشاهدين بلفظ مختلف فلم يسمع القاضي ثم أعادا في مجلس آخر شهادتهما بلفظ موافق تقبل. هذا إذا كان اتفاقهما بلا تلقين من أحد وإلا لا تقبل اهـ. ويؤيده ما مر من قول

. . . .

على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق فإنه لا يحل له وهو الأصح، وعلله في فتح القدير بأن فيه إبطال حقه أيضاً فإنها لا تقبل لو ادعاه بسبب ا هـ.

قوله: **(وبعكسه لا)** أي إذا ادعى ملكاً مطلقاً فشهدا بملك بسبب معين لا تكون لغواً فتقبل لأنهم شهدوا بأقل مما ادعى وهو غير مانع أطلقه. وقيده في الخلاصة بأن يسأل القاضي مدعي الملك ألك بهذا السبب الذي شهدوا أو بسبب آخران قال بهذا السبب يقضي بالملك بهذا السبب، وإن قال بسبب آخر لا يقضي بشيء أصلاً ا هـ. والحاصل أن الملك بسبب أقل من الملك المطلق لأنه يفيد الأولية بخلاف سبب يفيد الحدوث والمطلق أقل من النتاج لأن المطلق يفيد الأولية على الاحتمال والنتاج على اليقين. وفي البزازية: ادعى النتاج وشهدا على الشراء لا تقبل ا هـ. إلا أن يوافق المدعي فيقول نتجت عندي ثم بعتها منه ثم اشتريتها فتقبل؛ كذا في الخانية. والحاصل أنهم إذا شهدوا بأكثر مما ادعى فإن وفق المدعى قبلت في المسائل كلها وإلا لا، وهذا مما يجب حفظه وقدمناه عن الخانية. ولم يذكر المؤلف مسألتين: إحداهما ما إذا ادعى شيئاً للحال فشهدا به فيما مضى وعكسه. الثانية إذا ادعى الإنشاء فشهدا بالإقرار أو عكسه. أما الأولى ففي المحيط نقلاً عن الأقضية وأدب القاضي للخصاف: إذا ادعى الملك للحال أي في العين فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لأنها أثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم المزيل. قال رشيد الدين بعد ما ذكرها أمر وروى

المتن «ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي تقبل لو كان عدلاً» فقيد بعدم البراح وتقدم أنه هو الظاهر قوله: **(وفي البزازية ادعى النتاج وشهدا على الشراء لا تقبل)** لا يخفى أن الشهادة على الشراء شهادة على الملك بسبب وهو أقل من النتاج فتكون شهادة بالأقل، وقد مر أن الشهادة بأقل مما ادعى تقبل بلا توفيق. ويظهر من كلام الخانية أن الشهادة بالأقل تقبل إذا صلح ذلك الأقل بياناً لما ادعاه فإنه ذكر أولاً أنه إذا ادعى داراً في يد رجل أنها له وشهدا أنه اشتراها من ذي اليد جازت لأن شهادتهم بأقل مما ادعى، وما شهدوا به يصلح بياناً لما ادعاه المدعي فإنه لو قال ملكي لأني اشتريتها من ذي اليد يصح ويكون آخر كلامه بياناً للأول بخلاف ما إذا ادعى أولاً النتاج وشهدا بالشراء من ذي اليد لا تقبل إلا أن يوفق وإلا فلا، لأن دعوى النتاج على ذي اليد لا يحتمل دعوى ملك حادث من جهته لأنه لو قال هذه الدابة ملكي بالنتاج من جهة ذي اليد لا يصح كلامه فلا يمكن أن يجعل آخر كلامه بياناً للأول ولا تقبل الشهادة بدون التوفيق اهـ. فتأمل. وفي نور العين: ولو ادعاه نتاجاً فشهدا بمطلق تقبل لا في عكسه لأن دعوى المطلق دعوى أولية الملك بالاحتمال وشهادة النتاج أولية الملك باليقين فقد شهدا بأكثر مما ادعاه فترد، وهذه المسألة تدل على أنه لو ادعى نتاجاً ثم مطلقاً يقبل لا عكسه. ط: ادعى نتاجاً وشهدا بسبب ترد قوله: **(فيحكم بها في الحال الخ)** قال صاحب جامع الفصولين: هذا عمل بالاستصحاب وهو حجة في الدفع لا الاستحقاق فكان ينبغي أن لا تقبل شهادتهما فيه لكن فيه حرج فيقبل دفعاً للحرج. يقول الحقير: قوله «دفعاً للحرج» تعليل عليل كما

. . . .

سيد أنت ا هـ. ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول أتعلمون أنه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فقط؛ ذكره في المحيط. قال العمادي: فعلى هذا لو ادعى الدين فشهدوا أنه كان له عليه كذا ينبغي أن تقبل كما في العين، ومثله ما لو ادعى أنها زوجته فشهدوا أنه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل. هذا كله إذا شهدوا بالملك في الماضي، أما لو شهدوا باليد له في الماضي لا يقضى به في ظاهر الرواية وإن كانت اليد تسوغ الشهادة في الملك على ما أسلفناه، وعن أبي يوسف يقضى بها. وخرج العمادي على هذا ما في الواقعات لو أقر بدين عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهد أنه قضى دينه أن شاهدي الإقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضاً دليل على أنه إذ ادعى العين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل وهذا غلط فإنه إنما تعرض لما يسوغ له أن يشهد به لا للقبول وعدمه بل ربما يؤخذ من منعه من إحدى العبارتين دون الأخرى ثبوت القبول في إحداهما دون الأخرى، كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين أنه قضاه فلا يشهدان حتى يخبر القاضي بذلك وأن القاضي حينئذ لا يقضي بشيء؛ كذا في فتح القدير. وفي البزازية: شهدا أنها زوجت نفسها ولا نعلم أنها في الحال امرأته أو لا أو شهدوا أنه باع منه هذا العين ولا ندري أنه ملكه في الحال أم لا يقضي بالنكاح والملك في الحال بالاستصحاب والشاهد في العقد شاهد في الحال ا هـ.

والحاصل أن المنصوص عليه في العين ما سمعت، وأما في الدين فالمنصوص عليه عدم القبول. قال في فتح القدير: شهدا على إقرار رجل بدين فقال المشهود عليه أتشهد أن هذا القدر علي الآن فقال لا أدري أهو عليك الآن أم لا لا تقبل الشهادة ا هـ. وقال قبله: ادعى على آخر ديناً على مورثه وشهدوا أنه كان له على الميت دين لا تقبل حتى يشهدا أنه مات وهو عليه ا هـ. فموضوع الأولى في الشهادة على الإقرار وأن الشاهد قال لا أدري أهو عليك الآن أم لا وهو ساكت عما إذا شهدوا أنه كان له عليه كذا، وقد بحث العمادي أنه ينبغي القبول وليس بمعارض للمنصوص عليه كما علمت، وفي مسألة دين الميت لا بد في القبول من

لا يخفى على ذي فهم جليل؛ كذا في نور العين. قوله: **(ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول الخ)** قال الرملي: أي لأنهم لو قالوا لا نعلم أنه ملكه اليوم لا تقبل شهادتهم فيضيع حق المدعي ظاهراً فلا يسألهم بخلاف ما إذا قال لهم هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فإنهم إذا قالوا لا نعلم أنه خرج عن ملكه لا تبطل شهادتهم كما هو ظاهر. قوله: **(ينبغي أن تقبل الخ)** قال الرملي: مع أن المنصوص خلافه وسيأتي أن بحثه لا يعارض المنصوص إذ لا عبرة للأبحاث في مقابلة النصوص قوله: **(وفي مسألة دين الميت الخ)** قال الرملي: نقل عن المحيط أنه يثبت الدين على الميت بمجرد بيان الشاهد سببه من غير حاجة إلى أن يقولا مات وعليه: شهدا على رجل أنه جرحه ولم يزل صاحب فراش حتى مات يحكم به وإن لم يشهدوا أنه مات من جراحته لأنه لا علم لهم به. بزازية، معين الحكام. كذا

. . . .

شهادتهما بأنه مات وهو عليه احتياطاً في أمر الميت ولهذا يحلف المدعي مع إقامة البينة بخلافه في دين الحي فتحرر أنهما إذا شهدا في دين الحي بأنه كان له عليه كذا تقبل إلا إذا سألهما الخصم عن البقاء فقالا لا ندري وفي دين الميت لا تقبل مطلقاً. وأما عكسه فقال في جامع الفصولين: ولو ادعى ملكاً في الماضي وشهد به في الحال بأن قال كان هذا ملكي وشهدا أنه له قيل تقبل، وقيل لا تقبل وهو الأصح. وكذا لو ادعى أنه كان له وشهدا أنه كان له لا تقبل لأن إسناد المدعي يدل على نفي الملك في الحال إذ لا فائدة للمدعي في الإسناد مع قيام ملكه في الحال بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضي لأن إسنادهما لا يدل على النفي في الحال لأنهما لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب، والشاهد قد يحترز عن الشهادة بما ثبت باستصحاب الحال لعدم تيقنه بخلاف المالك إذ كما يعلم ثبوت ملكه يقيناً يعلم بقاءه يقيناً ا هـ. وأما الثانية أعني ما إذا ادعى الإنشاء فشهدا بالإقرار أو عكسه فقال في جامع الفصولين: ادعى الوديعة وشهدا أن المودع أقر بالإيداع تقبل كما في الغصب، وكذا العارية ادعى نكاحاً وشهدا بإقرارها بنكاح تقبل كما في الغصب، ولو ادعى ديناً فشهدا بإقراره بالمال تقبل وتكون إقامة البينة على إقراره كإقامة البينة على السبب، وأفتى بعضهم بعدم القبول. ادعى قرضاً وشهدا بإقراره بالمال تقبل بلا بيان السبب ا هـ. فتقبل في الإيداع والغصب والعارية والديون والنكاح، وأما البيع فقال في جامع الفصولين: ادعى بيعاً وشهدا أنه أقر بالبيع واختلفا في زمان ومكان تقبل. وفيه قبله: ادعى مائة قفيز بر بسبب سلم صحيح وشهدا أن المدعى عليه أقر أن له عليه مائة قفيز ولم يزيدا قيل تقبل لأنه اختلاف في سبب الدين فلا يمنع، وقيل لا وهو الأصح لأنهما لم يذكرا إقراره بسبب السلم. والاختلاف في سبب الدين إنما يمنع قبولها لو لم يختلف الدين باختلاف السبب ودين السلم مع دين آخر يختلفان إذ الاستبدال قبل القبض لم يجز في السلم وجاز في دين البر بلا سبب فلم يشهدا بدين يدعيه فلا تقبل بخلاف ما لو ادعى بسبب القرض وشهدا أنه أقر ولم يذكرا بسبب القرض تقبل ا هـ. ثم قال: ادعى قضاء دينه وشهدا أنه أقر باستيفائه تقبل ا هـ. وفي القنية:

رأيت بخط بعض العلماء وأقول: ما في المحيط لا يعارض ما في القنية إذ ما فيها فيما إذا ادعى الدين للحال فشهدا به كذلك بحيث أنهما لم يقولا كان وبه يحصل التوفيق فتأمل. وفي شرح تنوير الأبصار بعد نقل ما في البحر قال قلت: ويعارض هذا ما في معين الحكام من قوله نقل عن المحيط أنه يثبت الدين على الميت بمجرد بيان الشاهدين سببه من غير أن يقولا مات وعليه دين اهـ. ونقل بعض الفضلاء عن المقدسي أنه قوي ما في معين الحكام وأنه قال: إن الأول ضعيف وإن الاحتياط في أمر الميت يكفي تحليف خصمه مع وجود بينة، وإن في هذا الاحتياط ترك احتياط آخر في وفاء دينه الذي يحجبه عن الجنة وتضييع حقوق أناس كثيرين لا يجدون من يشهد لهم على هذا الوجه اهـ. وبه اعترض في نور العين على صاحب جامع الفصولين.

. . . .

ادعى عبداً فشهد أحدهما بملك مرسل والآخر بإقرار ذي اليد بملكيته للمدعي تقبل، ولو كان هذا في دعوى الأمة والضيعة لا تقبل والفرق فيها، وأما عكسها أعني ما إذا ادعى الإقرار فشهدا بالإنشاء فغير متصور شرعاً إذ لا تسمع الدعوى بالإقرار لما في البزازية معزياً إلى الذخيرة: ادعى أن له عليه كذا وأن العين الذي في يده له لما أنه أقر له به أو ابتدأ بدعوى الإقرار وقال إنه أقر أن هذا لي أو أقر أن لي عليه كذا قيل يصح، وعامة المشايخ على أنه لا تصح الدعوى لعدم صلوح الإقرار للاستحقاق كالإقرار كاذباً فلا يصح الإقرار لإضافه الاستحقاق إليه بخلاف دعوى الإقرار من المدعى عليه على المدعي بأنه برهن على أنه أقر أنه لا حق له فيه أو بأنه ملك المدعي حيث تقبل وتمامه فيها، وسنتكلم عليها بأوضح من ذلك في الدعوى إن شاء الله تعالى ا هـ.

قوله: **(ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظاً ومعنى)** أي عند أبي حنيفة رضي الله عنه، ويكفي عندهما الاتفاق في المعنى. والمراد باتفاقهما لفظاً تطابق لفظيهما على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن، فلو ادعى على آخر مائة درهم فشهد واحد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده في شيء لعدم الموافقة لفظاً، وعندهما يقضى بأربعة. وكذا إن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي ألفين، وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث؛ كذا في الكافي. وقد أشار بتفسير الموافقة إلى أنه لا يشترط أن يكون بعين ذلك اللفظ بل إما بعينه أو بمرادفه حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل، وبه اندفع ما في النهاية من أن المطابقة في المعنى كافية للفرع المذكور لحصول المطابقة لفظاً ومعنى بخلاف ما لو شهد أحدهما بأنه قال لها أنت خلية وشهد الآخر بأنه قال لها أنت برية حيث لا تقبل لأنهما لفظان متباينان وإن اشتركا في لازم واحد وهو البينونة لأن معنى خلية غير معنى برية، وعلى هذا لو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج فإنها تقبل كما في المحيط. ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل والآخر بالإقرار به لا تقبل؛ ذكره الشارح. وفي العمدة:

قوله: **(فغير متصور شرعاً)** قال الرملي أقول قال الغزي: ممنوع لأنه لو ادعى أنه ملكي وأنه أقر له به تسمع لكن قد يقال رجع إلى دعوى الملك والكلام ليس فيه فيستقيم كلامه رحمه الله تعالى قوله: **(وبه اندفع ما في النهاية الخ)** لا يخفى أن ما في النهاية هو عين ما قرره من أن الشرط تطابق اللفظين على إفادة المعنى، وأنه لا يشترط أن يكون بعين ذلك اللفظ بل به أو بمرادفه وهذا معنى قوله إن المطابقة في المعنى كافية ومراده المطابقة بطريق الوضع لا التضمن بدليل قوله في النهاية «المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علماً عليه فإن ما صار اللفظ علماً عليه هو معناه المطابقي كما لا يخفى» فتدبر. قوله: **(ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل والآخر بالإقرار به لا تقبل الخ)** قال

....

شهد أحدهما أن له عليه ألف درهم وشهد الآخر أنه أقر له بألف درهم تقبل ا هـ. وخرج عن ظاهر قول الإمام مسائل وإن أمكن رجوعها إليه في الحقيقة: الأولى ما في العمدة. الثانية ادعى كر حنطة فشهد أحدهما بأنها جيدة والآخر رديئة والدعوى بالأفضل يقضى بالأقل. الثالثة ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية والآخر بخارية والمدعي يدعي النيسابورية وهو أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل، ومثله لو شهد أحدهما بألف بيض والآخر بألف سود والمدعي يدعي الأفضل تقبل على الأقل. ووجهه في المسائل الثلاث أنهما اتفقا على الكمية وانفرد أحدهما بزيادة وصف، ولو كان المدعي يدعي الأقل لا تقبل إلا إن وفق بالإبراء وتمامه في فتح القدير. الرابعة مسألة الهبة والعطية. الخامسة مسألة النكاح والتزويج وقدمناهما. السادسة شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبداً على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها تقبل على الثلث والباقي للمساكين؛ كذا في أوقاف الخصاف. السابعة ادعى أنه باع بيع الوفاء فإذا شهد أحدهما به والآخر بأن المشتري أقر بذلك تقبل كما في فتح القدير، ولا خصوصية لبيع الوفاء فإذا شهد أحدهما بالبيع والآخر بالإقرار به تقبل كما في جامع الفصولين، ولا خصوصية للبيع بل كل قول كذلك بخلاف الفعل كما فيه أيضاً والنكاح كالفعل ا هـ.

الثامنة شهد أحدهما أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل كما في الفتح أيضاً. التاسعة ادعى ألفاً مطلقاً فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض والآخر بألف وديعة تقبل، وإن ادعى أحد السببين لا تقبل لأنه أكذب شاهده؛ كذا في البزازية بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف

الرملي: ذكر في باب اختلاف الشهادات من شهادات الجامع: وليس الاختلاف بين الشاهدين بمنزلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة لأن شهادة الشاهدين ينبغي أن تكون كل واحدة منهما مطابقة للأخرى في اللفظ الذي لا يوجب خللاً في المعنى، أما المطابقة بين الدعوى والشهادة فينبغي أن يكون في المعنى خاصة ولا عبرة للفظ حتى لو ادعى الغصب وشهد أحدهما على الغصب والآخر على الإقرار بالغصب لا تقبل، ولو شهدا على الإقرار بالغصب تقبل. وتمامه في الفصول العمادية اهـ. وفي جامع الفصولين: ادعى قتلاً وشهد به وآخر أنه أقر به ترد إذا الإقرار يتكرر لا القتل. قال الرملي في حاشيته عليه أقول: فلو اتفقا على الشهادة بالإقرار تقبل كما هو ظاهر، وقد صرح به في التتارخانية عن المحيط قال بعد أن رمز للمحيط: وصور المسألة وإذا شهد أحدهما على إقراره أنه قتله عمداً بالسيف وشهد الآخر على إقراره أنه قتله عمداً بالسكين فقال ولي القتيل إنه أقر بما قالا ولكنه والله ما قتله إلا بالسيف أو قال صدقا جميعاً لكنه والله ما قتله إلا بالرمح فهذا كله سواء ويقتص من القاتل اهـ. تدبره. هذا وقد صرح أيضاً في شرح الغرر بالمسألة فقال بعدما ذكر المسألة التي هنا: بخلاف ما إذا شهدا بالإقرار به حيث تقبل اهـ.

قوله: **(ولا خصوصية لبيع الوفاء الخ)** يدخل فيه ما في العمدة وهو المسألة الأولى قوله: **(منها**

....

قرض والآخر بألف وديعة فإنها لا تقبل منها أيضاً. العاشرة ادعى الإبراء فشهد أحدهما به والآخر على أنه وهبه أو تصدق عليه أو حلله جاز بخلاف ما إذا شهد أحدهما على الهبة والآخر على الصدقة لا تقبل؛ كذا في البزازية. الحادية عشرة ادعى الهبة فشهد أحدهما بالبراءة والآخر بالهبة أو أنه حلله جاز. الثانية عشرة ادعى الكفيل الهبة فشهد أحدهما بها والآخر بالإبراء جاز ويثبت الإبراء لا الهبة لأنه أقلهما فلا يرجع الكفيل على الأصيل وهما في البزازية. الثالثة عشرة شهد أحدهما على إقراره أنه أخذ العبد والآخر على إقراره بأنه أودعه منه هذا العبد تقبل لاتفاقهما على الإقرار بالأخذ. الرابعة عشرة شهد أحدهما أنه غصبه منه والآخر أن فلاناً أودع منه هذا العبد يقضى للمدعي ولا يقبل من المدعى عليه بينة بعده لأن الشاهدين شهدا على إقراره بالملك. الخامسة عشرة شهد أحدهما أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه تقبل. السادسة عشرة شهد أحدهما أنها ولدت منه ذكراً وقال الآخر أنثى تقبل؛ كذا في البزازية. السابعة عشرة شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له والآخر أنه سكن فيها تقبل. الثامنة عشرة أنكر إذن عبده فشهد أحدهما على أنه أذن له في الثياب والآخر على أنه أذن له في الطعام تقبل بخلاف ما إذا قال أحدهما إنه أذنه صريحاً وقال الآخر رآه يشتري ويبيع فسكت لا تقبل. التاسعة عشرة اختلف شاهدا الإقرار بالمال في كونه أقر بالعربية أو بالفارسية تقبل بخلافه في الطلاق. العشرون شهد أحدهما بأنه قال لعبده أنت حر وقال الآخر قال له آزدي تقبل. الحادية والعشرون قال لامرأته إن كلمت فلاناً فأنت طالق فشهد أحدهما أنها كلمته غدوة والآخر عشية طلقت. الثانية والعشرون إن طلقتك فعبده حر فقال أحدهما طلقها اليوم وقال الآخر أنه طلقها أمس يقع الطلاق والعتاق. الثالثة والعشرون شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثاً البتة والآخر أنه طلقها ثنتين ألبتة يقضى بطلقتين ويملك الرجعة؛ ذكره في المنتقى عن هشام عن محمد بخلاف ما إذا شهد أحدهما أنه أعتق كله والآخر أنه أعتق نصفه لا تقبل، وعلى هذا ففرق بين الطلقة والطلقتين وبين هذه، والفرق أنهما هنا اتفقا على البينونة لفظاً ومعنى وإن اختلفا في العدد بخلاف تلك. وفي العيون لأبي الليث هشام عن محمد في رجل تحته أمة فأعتقت فشهد عليه شاهدان فقال أحدهما أشهد أنك طلقتها وهي أمة ثلاثاً وشهد الآخر أنه طلقها بعد ما أعتقت ثلاثاً قال: هما تطليقتان فيملك الرجعة لأن الثلاث التي شهد بها في حال الرق واحدة منهما ليست بشيء. ولو شهد

أيضاً) الضمير للبزازية أي هذه المسألة منقولة منها أيضاً قوله: **(لأن الشاهدين شهدا على إقراره بالملك)** فيه نظر ظاهر قوله: **(بخلافه في الطلاق)** قال في البزازية عن المنتقى: لأني أنوّيه في وجوه كثيرة لكن قال في الأشباه والنظائر: والأصح القبول فيهما قوله: **(يقضي بطلقتين ويملك الرجعة)** لعل وجهه حمل قول الشاهدين ألبته على الجزم واليقين لا على البينونة لعدم إمكانه في الطلقتين وحينئذ فلا يظهر الفرق الآتي فتأمل. وهذه المسألة مخالفة لما قدمه عن الكافي أول المقولة وسيأتي في المقولة الثانية التنبيه عليه وأن المذهب خلاف ما هنا قوله: **(اتفقا على البينونة)** هذا مخالف لقوله

....

شاهد أن فلاناً طلق امرأته ثلاثاً ألبتة وشهد الآخر أنه طلقها اثنتين ألبتة فهما تطليقتان يملك الرجعة لأنه لا يحتاج إلى قوله ألبتة في ثلاث ا هـ. الرابعة والعشرون شهد أحدهما أنه أعتق بالعربي والآخر بالفارسي تقبل للاتفاق في المعنى بخلاف ما إذا شهد أحدهما أنه قذفه بالعربي والآخر بالفارسي لا تقبل لأن العبرة في الحدود للصورة والمعنى جميعاً احتياطاً للدرء؛ كذا في البزازية.

الخامسة والعشرون اختلفا في مقدار المهر يقضى بالأقل كما في البزازية. وفي جامع الفصولين: شهدا ببيع أو إجارة أو طلاق أو عتق على مال واختلفا في قدر البدل لا تقبل إلا في النكاح تقبل ويرجع في المهر إلى مهر المثل. وقالا: لا تقبل في النكاح أيضاً ا هـ. السادسة والعشرون شهد أحدهما أنه وكله بخصومة مع فلان في دار سماها وشهدا الآخر أنه وكله بخصومة فيه وفي شيء آخر تقبل في دار اجتمعا عليه إذ الوكالة تقبل التخصيص وفيما اتفق عليه الشاهدان تثبت الوكالة لا فيما تفرد به أحدهما، فلو ادعى وكالة معينة فشهد بها والآخر بوكالة عامة ينبغي أن تثبت المعينة. ولو شهد بوكالة وزاد أحدهما أنه عزله تقبل في الوكالة لا في العزل، ولو شهد أحدهما أنه وكله بطلاقها وشهد الآخر أنه وكله بطلاقها وطلاق فلانة الأخرى فهو وكيل في طلاق التي اتفقا عليه؛ كذا في جامع الفصولين. السابعة والعشرون شهد أحدهما بأنه وقفه في صحته والآخر بأنه وقفه في مرضه قبلاً إذ شهدا بوقف بات إلا أن حكم المرض ينقض فيما لا يخرج من الثلث، وبهذا لا تمنع الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه وقف ثلث أرضه والآخر أنه وقف ربعها؛ كذا في جامع الفصولين من كتاب الوقف من أحكام المرضى. الثامنة والعشرون ولو شهد شاهد أنه أوصى إليه يوم الخميس وآخر أنه أوصى إليه يوم الجمعة جازت لأنها كلام لا يختلف بزمان ومكان؛ كذا في

ويملك الرجعة قوله: **(الرابعة والعشرون)** مكررة[١] مع المسألة العشرين.

قوله: **(وفي جامع الفصولين شهدا الخ)** الظاهر أن هذا فيما إذا أنكر الزوج النكاح من أصله وكذا البيع ونحوه، وما في البزازية فيما إذا اتفقا على النكاح واختلفا في قدر المهر، ووجه عدم القبول في البيع ونحوه أن العقد بألف مثلاً غير العقد بألفين، وكذا النكاح على قولهما، وعلى قوله باستثناء النكاح أن المال فيه غير مقصود ولذا صح بدون ذكره بخلاف البيع ونحوه قوله: **(السابعة والعشرون)** في الإسعاف: ولو شهدا عليه بوقف أرضه قال أحدهما كان ذلك وهو صحيح، وقال الآخر كان ذلك في مرضه قبلت الشهادة، ثم إن خرجت من ثلث ماله كانت كلها وقفاً وإلا فبحسابه. ولو قال أحدهما وقفها في صحته وقال الآخر جعلها وقفاً بعد وفاته بطلت الشهادة، وإن كانت تخرج من الثلث لأن الشاهد بأنه وقفها بعد موته شهد بأنها وصية والشاهد بأنه وقفها في

---

(١) **(قول المحشي مكررة الخ)** لعله لا تكرار لأن ما تقدم تلفظ أحد الشاهدين بلفظ أزدي وهنا لم يتلفظ إنما قال أعتق بالفارسية ولعله كاف في المغايرة تدبر اهـ مصححه.

والآخر بألفين لم تقبل وإن شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على

وصايا الولوالجية. التاسعة والعشرون ادعى مالاً فشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال وشهد الآخر أنه كفل عن غريمه بهذا المال تقبل؛ كذا في القنية. الثلاثون شهد أحدهما أنه باعه بكذا إلى شهر وشهد الآخر بالبيع ولم يذكر الأجل. الحادية والثلاثون شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام ولم يذكر الآخر الخيار تقبل فيهما كما ذكره الزيلعي في باب التحالف. الثانية والثلاثون من وكالة منية المفتي شهد واحد أنه وكله بالخصومة في هذه الدار عند قاضي الكوفة وآخر قال عند قاضي البصرة جازت شهادتهما ا هـ. الثالثة والثلاثون في أدب القضاء للخصاف من باب الشهادة بالوكالة: شهد أحدهما أنه وكله بالقبض والآخر أنه جراه تقبل. الرابعة والثلاثون شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه سلطه على قبضه تقبل. الخامسة والثلاثون شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أوصى إليه بقبضه في حياته تقبل. السادسة والثلاثون شهد أحدهما أنه وكله بطلب دينه والآخر بتقاضيه تقبل. السابعة والثلاثون شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر بتقاضيه أو طلبه تقبل. الثامنة والثلاثون شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أمره بأخذه أو أرسله ليأخذه تقبل ا هـ. وهي في أدب القضاء وما قبلها. التاسعة والثلاثون اختلفا في زمن إقراره بالوقف تقبل الأربعون اختلفا في مكان إقراره به تقبل. الحادية والأربعون اختلفا في وقفه في صحته أو في مرضه تقبل. الثانية والأربعون شهد أحدهما بوقفها على زيد والآخر على عمرو تقبل وتكون وقفاً على الفقراء، وهذه الثلاثة من الإسعاف.

قوله: **(فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل)** يعني عند أبي حنيفة، وعندهما تقبل بناء على أن المعتبر لا غير. قال الشارح: والذي يبطل مذهبهما أن الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد آخران بثلاث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة، ولو كان كما قالا أن الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعاً ا هـ. وأجيب عنهما بأن الكلام فيما إذا كانت كل شهادة لا توجب شيئاً بانفرادها فحينئذ قالا بثبوت ما اتفقا عليه وهو الأقل فيثبت الحق بهما، وأما هنا فكل شهادة لو انفردت أوجبت البينونة ومع شهود الثلاث زيادة فأضيفت البينونة إليهم دون شهود الواحدة لعدم الحاجة إليهم، فلما لم يضف الحكم إليهم لم يضمنوا بالرجوع لهذا المعنى لا لما ذكره. قال الشارح: ولا يلزم ما إذا قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة

صحته قد أمضى الوقف وهما مختلفان اهـ قوله: **(فشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه)** الذي في القنية أن المحتال عليه احتال عن غريمه قوله: **(والآخر أنه جراه تقبل)** قال في شرح أدب القاضي: لأن الجراية والوكالة سواء والجري والوكيل سواء فقد اتفق الشاهدان في المعنى واختلفا في اللفظ وأنه لا يمنع قبول الشهادة الخ قوله: **(الحادية والأربعون)** مكررة مع السابعة والعشرين.

....

حيث تقع واحدة لأن ذلك لكون الثلاث)صار في يدها فلها أن توقع كلها أو بعضها، ولا يلزم ما إذا طلقها الزوج ألفاً حيث يقع الثلاث لأنه يتصرف عن ملك فله أن يوقع أي عدد شاء إلا أنه لا ينفذ إلا بقدر المحل ا هـ. وقدمنا عن الكافي أن المائة والمائتين والطلقة والطلقتين كالألف والألفين، وظاهره أنه لا يقع شيء عند أبي حنيفة، وقدمنا عن البزازية في المسائل المستثناة ما يقتضي أن يقضي في الطلاق بالأقل اتفاقاً. وقد صرح قاضيخان في فتاواه بما في الكافي فكان هو المذهب لأن ما في البزازية رواية المنتقى إلا أن يفرق بينهما بما قدمناه، وكذا ما في البزازية قبله لو ادعى ألفين فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين يقبل على ألف إجماعاً سهو كما لا يخفى.

قوله: **(وإن شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على الألف)** لاتفاقهما على الألف لفظاً ومعنى وقد انفرد أحدهما بخمسمائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه بخلاف الألف والألفين لأن لفظ الألف غير لفظ الألفين ولم يثبت واحد منهما، ولا يقال إن الألف موجود في الألفين لأنا نقول: نعم موجود إذا ثبت الألفان فتثبت الألف ضمناً فإذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن. ومقتضى تعليلهم أنه لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وألف أن يقضى بالألف اتفاقاً إذا ادعى الأكثر. قيد بقوله «والمدعي يدعي الأكثر» لأنه لو لم يدع فهي باطلة للتكذيب إلا أن يوفق فيقول أصل حقي كان كما قال إلا أني استوفيت الزائد أو أبرأته عنه فحينئذ تقبل على الأقل لظهور التوفيق. ونظير مسألة الكتاب الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة والخمسون. وفي العناية: لا بد من ذكر التوفيق فيما يحتمله على الأصح فلو سكت عنه لم تقبل ا هـ. وهكذا في المعراج بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لأنه مركب كالألفين إذا ليس بينهما حرف العطف؛ ذكره الشارح. وفي القنية: شهد أحدهما على خمسة عشر والآخر على عشرة وخمسة والمدعي يدعي خمسة عشر ينبغي أن تقبل ا هـ. وفي الخانية: ولو شهد أحدهما على تطليقه والآخر على تطليقة ونصف أو شهد أحدهما على تطليقة والآخر تطليقة وتطليقة جازت شهادتهما على الأقل عند الكل، ولو شهد أحدهما أنه طلقها إن دخلت الدار وقد دخلت وشهد الآخر أنه طلقها إن كلمت وقد كلمت لا تقبل عند الكل، وكذا لو شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثاً وشهد الآخر أنه قال لها أنت علي حرام ونوى الثلاث لا تقبل عند الكل، ولو شهد أحدهما أنه طلقها نصف واحدة وشهد الآخر أنه طلقها ثلث واحدة لا تقبل عند أبي حنيفة، وكذا لو شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثاً وشهد الآخر أنه طلقها فالشهادة باطلة في قول

قوله: **(إلا أن يفرق بينهما بما قدمناه)** قد علمت أن ما قدمه من الفرق غير ظاهر قوله: **(ومقتضى تعليلهم أنه لو شهد الخ)** يدل عليه ما يأتي عن الخانية قريباً.

الألف ولو شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة تقبل بألف ولم يسمع قوله قضاه إلا إن شهد معه آخر وينبغي أن لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض ولو شهدا بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاه جازت الشهادة على القرض ولو شهدا أنه قتل

أبي حنيفة، وعندهما جازت على الأقل اهـ. قوله: **(ولو شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة تقبل بألف ولم يسمع قوله قضاه إلا أن شهد معه آخر)** لاتفاقهما على وجوب الألف وانفراد أحدهما بقضاء النصف فلا يقبل لعدم كمال الحجة، ولا يكون ذلك تكذيباً لشاهد القضاء فيما شهد به بأصل المال لأنه لم يكذبه فيما شهد له وإنما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يمنع كما إذا شهدا له بشيء ثم شهدا عليه بحق فإن شهادتهما له لا تبطل وإن كذبهما، وقدمنا فروعاً مبينة على هذا الأصل في أول الباب عن الخانية. ولا بد من كون المدعي ادعى الألف وأنكر القضاء إذ لو قال لم يكن لي عليه إلا خمسمائة لم تقبل أصلاً لأنه أكذب شهوده؛ كذا في العمدة. وإن اعترف بالقضاء لزمه خمسمائة؛ كذا في العمدة قوله: **(وينبغي أن لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض)** كيلا يصير معيناً على الظلم. والمراد من «ينبغي» معنى يجب فلا تحل له الشهادة وقدمنا حكم ما إذا تحمل شهادة ثم أخبر بما يرفعها من دين ونكاح وقتل أول الشهادات وقد ذكرها في فتح القدير هنا.

قوله: **(ولو شهدا بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاه جازت الشهادة على القرض)** لتمام الحجة في القرض وعدمها في القضاء، وإنما ذكر هذه وإن علم حكمها مما قبلها لاختلاف الموضوع فإنها في القرض وما قبلها في مطلق ألف وهي في انفراد أحدهما بقضاء الكل وما قبلها بقضاء النصف، والأولى مسألة القدوري، والثانية مسألة الجامع الصغير. ومن جهة المعنى فإنه ربما يتوهم عدم القبول في الثانية لأنه لما علم بالقضاء انتفت شهادته أصلاً فحين شهد كانت باطلة بخلاف قضاء البعض فإنه يقول شهدت لبقاء الخمسمائة وشهدت بالألف أو لا كما تحملت فكان الأداء واجباً علي بخلاف ما إذا علم بقضاء الكل فإن الأداء لم يجب أصلاً فذكرها لدفع هذه الشبهة. وإنما قبلت لأنه صادق فيما أخبر به من القرض متقدماً ولا ينظر القاضي إلى اعتقاده إنما ينظر إلى أداء شهادته؛ كذا في المعراج. ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى اختلاف الشاهدين في الزمان أو المكان. وذكره في الكافي فقال: وإذا اختلف الشاهدان في المكان أو الزمان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل، وإن اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل، والأصل أن المشهود به إذا كان قولاً كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في الزمان أو المكان لا يمنع قبول الشهادة لأن القول مما يعاد ويكرر، وإن كان المشهود به فعلاً كالغصب ونحوه أو قولاً لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فإنه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان أو المكان يمنع القبول لأن الفعل

....

في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان أخر فاختلف المشهود به. ثم قال أبو يوسف ومحمد: إذا اختلف شاهدا القذف في مكان أو زمان لا تقبل وإن كان قولاً لأن كل واحد منهما إن كان إنشاء فهو غيران وليس على كل قذف شاهدان، وإن كان أحدهما إنشاء والآخر إخباراً فهما لا يتفقان لأن الإنشاء أن يقول زنيت أو أنت زانٍ، والإخبار أن يقول قذفتك بالزنا، وأبو حنيفة يقول: يحتمل أنه سمع أحدهما الإنشاء والآخر الإخبار فيثبت عندهما قذفه فشهدا به ا هـ. وفي جامع الفصولين: الشهادة بعقد تمامه بالفعل كرهن وهبة وصدقه يبطلها الاختلاف في زمان ومكان إلا عند محمد ا هـ. فعلم به أن ما في الكافي من أن الرهن والهبة والصدقة من قبيل البيع ونحوه قول محمد وقول الشيخين بخلافه. والحاصل كما في جامع الفصولين أن الاختلاف لا يخلو من وجوه ثلاثة: إما في زمان أو مكان أو إنشاء أو إقرار، وكل منها لا يخلو من أربعة أوجه: إما في الفعل أو في القول أو في فعل ملحق بالقول أو عكسه. أما الفعل فيمنع قبول الشهادة في الوجوه الثلاثة، وأما القول المحض كبيع ورهن فلا يمنع مطلقاً. وأما الفعل الملحق بالقول وهو القرض فلا يمنع، وأما عكسه كنكاح فيمنع ا هـ. وهذا موافق لما في الكافي، وفصل قاضيخان في فتاواه في الرهن والهبة والصدقة بأنهم إذا شهدوا على معاينة القبض واختلفا في الأيام والبلدان جازت شهادتهم في قولهما خلافاً لمحمد، وإن شهدوا على إقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت في قولهم ا هـ. وفي شرح ابن وهبان تنبيه الاختلاف في المكان يوجب الاختلاف في الزمان ولا عكس لجواز أن يشهد عليه في وقتين مختلفين في مكان واحد ا هـ. وفي الخانية: ولو اختلفا في الثياب التي كانت على الطالب أو المطلوب أو المركب أو قال أحدهما كان معنا فلان وقال الآخر لم يكن معنا، ذكر في الأصل أنه يجوز ولا تبطل هذه الشهادة ا هـ. ثم اعلم أن ظاهر إطلاقهم من أن الاختلاف في الزمان في الأقوال غير مانع شامل لما إذا تفاحش أو لا لأنهم يمثلونه

قوله: **(والحاصل الخ)** قد أوضح الإمام الولوالجي في فتاواه في الفصل الخامس من الشهادات هذا المقام بما يزيح الأوهام، ولكن رأيت في صدر عبارته تحريفاً في النسخة التي عندي فمنعني عن نقله فراجعه قوله: **(وأما القول المحض كبيع ورهن فلا يمنع مطلقاً)** قال في نور العين في إصلاح جامع الفصولين يقول الحقير: عد الرهن هنا من القول المحض مخالف لما مر قبل أسطر نقلاً عن (فقط) أنه فعل ملحق بالقول إذ قال هو عقد تمامه بالفعل ولعله هو الصواب كما لا يخفى. ثم إن في جامع الفصولين نقلاً عن (ص) أن القول المحض كبيع وطلاق وعتاق وإقرار وإبراء لكن في الخلاصة نقلاً عنه أيضاً أنه كبيع وشراء وطلاق وعتاق ووكاله وكفالة وحوالة ووصاية وإبراء ورهن ودين اهـ. (ضك) الحق القرض بالفعل لأن قوله «أقرضتك» قول والتسليم فعل بعده يتم به القرض فالحق به حكمه، أما النكاح فقول ملحق إحضار الشهود إذ لا بد من الشهود لعقد النكاح فحضورهم فعل يقع بعده النكاح فالحق بفعل الإحضار بلا عكس اهـ قوله: **(لأنهم يمثلونه بأمس واليوم الخ)** الظاهر

زيداً يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله بمصر ردتا فإن قضى بإحداهما أولاً بطلت

بأمس واليوم وهو ليس بمتفاحش. وفي القنية: أقام شاهدين على الصلح فالجأهما القاضي إلى بيان التاريخ فقال أحدهما أظن كان منذ سبعة أشهر أو أقل أو أكثر وقال الآخر أظن منذ ثلاث سنين أو أزيد لا تقبل لما اختلفا هذا الاختلاف الفاحش وإن كان لا يحتاجان إلى بيان التاريخ ا هـ. وفي فتح القدير قبيل باب تفويض الطلاق معزياً إلى كافي الحاكم: لو اختلفا في الوقت أو المكان أو الزمان بأن شهد أحدهما أنه طلقها يوم النحر بمكة والآخر أنه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب أحدهما، ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما في الأيام قدر ما يسير الراكب من الكوفة إلى مكة جازت شهادتهما، ولو شهد اثنان أنه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والآخر أنه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة، ولو جاءت إحدى البينتين فقضى بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها ا هـ. وهذا أيضاً مقيد لقولهم إن الاختلاف في الزمان لا يضر في الأقوال فيقال إلا إذا ذكرا مكانين متباعدين.

قوله: **(ولو شهدا أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله بمصر ردتا)** أي لم تقبل الشهادتان لأن إحداهما كاذبة وليست إحداهما بأولى من الأخرى. وأشار إلى أنهما لو اختلفا في الزمان أو الآلة التي وقع القتل بها لم تقبل لما بينا. وذكر في السراج الوهاج: وفائدة ذلك إذا قال إن لم أحج العام فعبدي حر فأقام العبد شاهدين أنه قتل يوم النحر بالكوفة فأقام الورثة أنه قتل بمكة ا هـ. وقيد بكون المشهود به القتل لأنهم لو شهدوا على إقرار القاتل بذلك في وقتين أو مكانين تقبل لأنه قول يعاد ويكرر؛ كذا في السراج الوهاج. وقد ذكر في القنية من باب البينتين المتضادتين وترجيح إحداهما على الأخرى فروعاً حسنة محتاجاً إليها فنذكرها على وجه الاقتصار في مسائل: الأولى برهن أولياء المجروح أنه مات بسبب الجرح وبرهن الجارح أنه بريء ومات بعد عشرة أيام فبينة المقتول أولى. الثانية ولو تعارضت بينتا

أن النسخة «إلا أنهم» تأمل. فيكون استدراكاً على الإطلاق. وقوله «وفي القنية» استدراك آخر مؤيد للاستدراك الأول.

قوله: **(فبينة المقتول أولى)** موافق لما في القنية من باب البينتين المتضادتين لكن في آخر كتاب الدعوى من الخلاصة: أقاما البينة هذا على الصحة والآخر على الموت بالضرب فبينة الصحة أولى. وكذا في البزازية ومشتمل الأحكام وبه أفتى المولى أبو السعود اهـ. ملخصاً من تعارض البينات للشيخ غانم البغدادي. وفي الفتاوى الحامدية معزياً إلى بعض الفتاوى: بينة اليسار أولى من بينة الإعسار، بينة الموت من الجرح أولى من بينة الموت بعد البرء، بينة مدعي الهبة في الصحة أولى من بينة الهبة في المرض، بينة مدعي الطواعية أولى من مدعي الكراهية لكن المعتمد خلافه، بينة الصحة

....

الغبن ومثل القيمة في مبيع الوصي مال الصبي فبينة الغبن أولى. الثالثة برهنت الأمة على أنه دبرها في مرض موته وهو عاقل وبرهنت الورثة على أنه كان مخلوط العقل فبينة الأمة أولى، وكذا في الخلع. الرابعة تعارضت بينتا الغبن ومثل القيمة في بيع الأب مال ولده والتنازع بين المشتري والابن بعد بلوغه ففيه قولان. الخامسة تعارضت بينتان أنه باع وهو بالغ أو في صغره فبينة المشتري أولى لإثباتها العارض. السادسة تعارضت بينتا إبراء المرأة زوجها في صحتها أو مرضها قولان. السابعة تعارضت بينتا الإقرار للوارث في صحة المقر أو في مرضه فالبينة بينة المقر له والقول للورثة عند عدمها وله استحلافهم. الثامنة تعارضت بينتا الإكراه والطوع في الإجازة فبينة الطواعية أولى وإن قضى ببينة الإكراه في الإجازة نفذ. التاسعة تعارضت بينتا البيع صحيحاً أو مكرهاً فقولان. العاشرة تعارضت بينتا البيع باتاً ووفاء فالبينة بينة مدعي الوفاء. الحادية عشرة تعارضت بينتا الكره والطوع في البيع والصلح والإكراه فبينة الكره أولى. الثانية عشر تعارضت بينتا كون زوجة الميت حراماً قبل موته بستة أشهر أو حلالاً وقت الموت فبينة المرأة أولى. له كنيف في طريق العامة فزعم غيره أنه محدث وزعم صاحبه أنه قديم وأقاما البينة فالبينة بينة من يدعي أنه محدث، وقيل القول للمدعي لكونه متمسكاً بالأصل. الثالثة عشرة تعارضت بينة الخارج على الوقف عليه مطلقاً مع بينة ذي اليد أن بائعي اشتراها من الواقف وأرخ فبينة الوقف أولى، وقيل إلا إذا سبق تاريخ ذي اليد. الرابعة عشرة تعارضت بينتا صحة الوقف وفساده فإن كان الفساد لشرط في الوقف مفسد فبينة الفساد أولى، وإن كان لمعنى في المحل وغيره فبينة الصحة أولى، وعلى هذا التفصيل إذا اختلف البائع والمشتري في صحة البيع وفساده. الخامسة عشرة تعارضت بينتا الملك المطلق من الخارج والشراء من آخر من ذي اليد فبينة مدعي الملك المطلق أولى. السادسة عشر تعارضت بينتا

أولى من بينة الفساد في الشراء، بينة مدعي المهر أولى من مدعي الهدية، بينة العقل أولى من كونه مجنوناً وقت الخلع، بينة الشفيع أولى من بينة المشتري، بينة كون المتصرف عاقلاً أولى من بينة كونه مجنوناً، بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق، بينة الوفاء أولى من بينة البتات، بينة الإكراه أولى من بينة الطوع، بينة الهبة أولى من بينة العارية، بينة الصحة أولى من بينة الموت بينة الإبراء أولى من بينة الإقرار، بينة البيع أولى من بينة الرهن، بينة القرض أولى من بينة المضاربة، بينة الملك أولى من بينة الغصب، بينة الحدوث أولى من بينة القدم، بينة الرهن أولى من بينة الهبة، بينة التمليك أولى من بينة العارية، بينة الصحة أولى من بينة المرض، بينة الفاسد أولى من بينة الصحة، بينة البيع أولى من بينة الهبة، بينة البناء القديم أولى من بينة البناء الحادث، وتمامه فيها فليراجع؛ كذا في حاشية الدر المختار للشيخ خليل الفتال.

قوله: **(وعلى هذا التفصيل إذا اختلف البائع والمشتري في صحة البيع وفساده)** قال في تعارض

. . . .

الراهن والمرتهن في قيمة الرهن فبينة الراهن أولى. السابعة عشرة تعارضت بينتا وجود الشرط وعدمه فبينة المرأة أولى. الثامنة عشرة تعارضت بينتا بيع الوصي بعد عزله أو قبله فبينة المشتري أولى لما فيها من زيادة إثبات نفاذ الشراء أو سبق التاريخ، وقيل بينة العزل أولى، وكذا الطلاق والعتاق من الوكيل. التاسعة عشرة تعارضت بينتان في حمار وقال المدعي إنه ملكي غاب عني منذ ثمانية أشهر، وقال ذو اليد اشتريته منذ سبعة عشر شهراً وأقاما البينة فبينة المدعي أولى. العشرون ادعت المرأة البراءة من المهر بشرط وادعاها زوجها مطلقة وأقام البينة فبينة المرأة أولى إن كان الشرط متعارفاً يصح الإبراء معه، وقيل بينة الزوج أولى. الحادية والعشرون أقام أحد الأخوين بينة أن الدار التي في أيدينا كانت لأمي تركتها ميراثاً بيني وبين أبي، وأقام الآخر بينة أنها كانت لأبينا فتركها ميراثاً لنا فبينة الأول أولى لإثباته الزيادة. الثانية والعشرون أقامت المرأة البينة على المهر على أن زوجها كان مقراً بذلك إلى يومنا هذا وأقام الزوج البينة أنها أبرأته من هذا المهر الذي تدعي فبينة البراءة أولى، وكذا في الدين لأن بينة مدعي الدين بطلت بإقرار المدعى عليه لما ادعى البراءة ولم تبطل بينة البراءة، وهذا كشهود البيع والإقالة فإن بينة الإقالة أولى لبطلان بينة البيع بإقرار مدعي الإقالة، وينبغي أن يحفظ هذا الأصل فإنه يخرج به كثير من الواقعات. الثالثة والعشرون ادعى على رجل ستة دنانير فقال المدعى عليه إنه أبرأني عن هذه الدعوى فأقام بينة وأقام المدعي بينة أنه كان أقر له بستة دنانير قيل تصح دعوى الإقرار ثانياً، وقيل لا تصح، وقيل إن ذكر الخصم القبول أو التصديق في الإبراء لا يصح وإلا يصح. الرابعة والعشرون تعرضت بينة الصحة والفساد في الشراء ففيه قولان. الخامسة والعشرون تعارضت بينتا الإجازة والرد في بيع الفصولي فبينة المشتري أولى. السادسة والعشرون تعارضت بينتا السكوت والرد في نكاح البكر فبينتها أولى بخلاف ما إذا برهن على إجازتها وهي على ردها فبينته أولى. السابعة والعشرون تعارضت بينتا البيع والوقف عليه مسجلاً فبينة مدعي البيع أولى إلا إذا عين الواقف فبينة الوقف أولى لأنه يصير مقضياً عليه فلا بد من التعيين كبينة الملك مع بينة العتق اهـ.

البينات للشيخ غانم البغدادي: إذا اختلف المتبايعان أحدهما يدعي الصحة والآخر يدعي الفساد شرطاً فاسداً أو أجلاً فاسداً كان القول قول مدعي الصحة، والبينة بينة مدعي الفساد باتفاق الروايات. وإن كان مدعي الفساد يدعي الفساد لمعنى في صلب العقد بأن ادعى أنه اشتراه بألف درهم ورطل من الخمر والآخر يدعي البيع بألف درهم فيه روايتان؛ عن أبي حنيفة في ظاهر الرواية القول قول من يدعي الصحة أيضاً والبينة بينة الآخر كما في الوجه الأول، وفي رواية القول قول من يدعي الفساد، مشتمل الأحكام اهـ قوله: **(فبينة المدعي أولى)** أي لأنه خارج ولم يعتبر الأسبق تاريخاً لأن تاريخه غير معتبر لأنه تاريخ غيبة لا تاريخ ملك فلم يوجد التاريخ من الجانبين حتى يعتبر أسبقهما قوله: **(أقام**

الأخرى ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والأنوثة

قوله: **(فإن قضى بإحداهما أو لا بطلت الأخرى)** لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنقض بالثانية، ونظيره لو كان مع رجل ثوبان أحدهما نجس فتحرى وصلى في أحدهما ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لا تجوز له الصلاة فيه لأن الأول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحري في الآخر قوله: **(ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والأنوثة والغصب)** وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا قطع في الوجهين. وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض. وقيل في جميع الألوان. لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحد أهم وصار كالذكورة والأنوثة. وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان أو يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره، والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار غالباً على قرب منه، والذكورية والأنوثة لا يجتمعان في واحد، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه. أطلق في اللون فشمل جميع الألوان وهو الصحيح؛ كذا في الكافي وقدمنا الاختلاف فيه. وفي القنية: خلاف غير ما قدمناه عن أبي جعفر أن هذا الخلاف فيما إذا

أحد الأخوين بينة) أي على أخيه الآخر لأبيه قول المصنف: **(فإن قضى بأحدهما أو لا بطلت الأخرى الخ)** قال الرملي: يدل بظاهره على أنه في المسائل التي سردها وفيها ترجيح إحدى البينتين لو قضى بالمرجوحة تقبل المرجحة ولو اتصل القضاء بالأخرى التي هي مرجوحة لأنها كانت مرجحة قبل القضاء بخلاف المتساوية فإنها ما ترجحت إلا باتصالها بالقضاء كما هو ظاهر. والحاصل أنه يفرق بين ما إذا تساوياً فترجح الأولى باتصال القضاء بها أو سبق القضاء بالمرجحة إذ لا معارض لها وقته، وبين ما إذا كانت إحداهما أولى بالقبول فقضى بغيرها ثم أقيمت عليها يعمل بها ولو اتصل القضاء بغيرها لأوليتها يؤيده ما ذكره الزيلعي في شرح ما يأتي من مسألة ما لو برهنا على نكاح امرأة من قوله في تعليل كونها لمن سبقت بينته لكونها أقوى لاتصال القضاء بها لأنها لما سبقت وحكم بها تأكدت فلا تنقض بغير المتأكدة اهـ. فإن المرجحة أقوى قبل اتصال القضاء بها فهي متأكدة فينقض القضاء بغيرها لأرجحيتها قبله، لكن علل الزيلعي مسألة القتل لأنه لما حكم بأنه قتل بمكة صار ذلك حكماً بأنه لم يقتل في غيرها إذا قتل شخص واحد في مكانين لا يتصور، وهذا يقتضي أنه في المسائل التي سردها لا ينقض الحكم السابق مطلقاً لأنه حكم بنفي مقابله إذ لا يتصور مثلها في بيع واحد أنه بغبن فاحش وبمثل القيمة، وكذا في نظائره كما هو ظاهر. ثم رأيت في فتاوى شيخ مشايخي شهاب الدين الحلبي في كتاب الوقف إذا حكم الحاكم بالبينة الأولى لاتسمع البينة الثانية لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها. قال قاضيخان: لو أقامت المرأة البينة أن الميت تزوجها يوم النحر بمكة وحكم القاضي بشهادتهم ثم أقامت أخرى أنه تزوجها في ذلك اليوم بخراسان لم تقبل اهـ.

والغصب ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة

اختلفا في صفتين متضادتين كالسواد والبياض، فأما في المتقاربتين كما إذا شهد أحدهما على الصفرة والآخر على الحمرة فإنه تقبل لأن الصفرة المشبعة تضرب إلى الحمرة والحمرة إذا رقت تضرب إلى الصفرة، وكثير من العوام لا يميزون بينهما، وكذا إذا شهد أحدهما أنها غبراء والآخر أنها بيضاء تقبل بلا خلاف. وعلى هذا الاختلاف بين الإمام وصاحبيه لو اختلفا في ثوب بأن قال أحدهما هروي وقال الآخر مروي. وقيد الاختلاف بما ذكر احترازاً عما إذا اختلفا في الزمان أو المكان فإنها لا تقبل لأنها من قبيل الأفعال. وأشار بقوله «شهدا بسرقة بقرة» إلى أن المدعي ادعى بقرة مطلقة من غير تقييد بوصف، وأما إذا ادعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء لم تقبل إجماعاً لأن المدعي كذب أحدهما.

قوله: **(ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة بطلت الشهادة)** لأنهما لم يتفقا على عقد واحد والشراء بألف غير الشراء بألف وخمسمائة والمقصود إثبات العقد فإذا اختلف المشهود به تعذر الحكم لقصور الحجة عن كمال العدد. أطلقه فشمل ما إذا كان المدعي يدعي أقل المالين أو أكثرهما، وأشار إلى أن المدعي لو كان هو البائع واختلف شاهداه لم تقبل أيضاً لما ذكرنا. وذكر علاء الدين السمرقندي أن الشهادة تقبل في مسألة الكتاب لأن التوفيق ممكن لأن الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يشتريه بألف ثم يزيده عليه خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد اهـ. وهو عجيب منه فإن المسألة نص محمد في الجامع الصغير. وقد أجاب في العناية عن دليله بأنه إذا اشترى بألف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن اهـ. ولم يزد في المعراج على قوله وفيه نوع تأمل، ونقله عنه في فتح القدير ولم يبينه، ثم رأيت الجامع الصغير فإذا هو لم يذكر إلا مسألة البيع، وكلام السمرقندي فيما قيس عليها وهو الشراء فلذا قال بالقبول فيه بخلاف ما إذا اختلفا في جنس الثمن كألف درهم ومائة دينار فإنها لا تقبل اتفاقاً. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أنهما لو شهدا بالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل لما في

قوله: **(وأشار المؤلف رحمه الله إلى أنهما لو شهدا بالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل الخ)** قال الرملي: المفهوم من كلامهم في هذا الموضع وغيره أنه فيما يحتاج فيه إلى القضاء بالثمن لا بد من ذكره وذكر قدره ووصفه، وما لا يحتاج فيه إلى القضاء به لا حاجة إلى ذكره تنبه. وفي المبسوط: وإذا ادعى رجل شراء دار في يد رجل وشهد شاهدان ولم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة، لأن الدعوى إن كانت بصفة الشهادة فهي فاسدة، وإن كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم يشهدوا بما ادعاه المدعي، ثم القاضي يحتاج إلى القضاء بالعقد ويتعذر عليه القضاء بالعقد إذا لم يكن مسمى لأنه كما لا يصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن فكذلك لا يظهر بالقضاء بدون تسمية، ولا يمكنه أن يقضي بالثمن حين لم يشهد به الشهود. ثم قال: فإن شهدا على إقرار البائع

بطلت الشهادة وكذا الكتابة والخلع فأما في النكاح فيصح بألف وملك المورث لم يقض

البزازية: ادعى محدوداً بسبب الشراء من فلان ودفع الثمن إليه وقبض المدعي بالرضا فشهدا بأنه ملكه بالشراء منه لا تقبل الشهادة لأنه دعوى الملك بسبب والقاضي أيضاً لا بد أن يقضي بذلك السبب، ولم يذكروا الثمن ولا قدره ولا وصفه والحكم بالشراء بثمن مجهول لا يصح قيل المدعي ذكر التقابض وشهدا على موافقة ومع التقابض لا حاجة إلى ذكر الثمن قلنا شهدا بالشراء لا غير والتقابض لا يندرج تحت لفظ الشراء لا صريحاً ولا دلالة، وإذا قضى بالشراء لا بد له من القضاء بالثمن أيضاً في هذه الصورة والقضاء بالمجهول لا يتحقق ا هـ.

قوله: **(وكذا الكتابة والخلع)** يعني إذا اختلف الشاهدان في مقدار البدل فيهما لم تقبل. أطلقهما فشمل ما إذا كان المدعي هو العبد وهو ظاهر لأن مقصوده هو العقد، وما إذا كان المدعي هو المولى لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب كما في الهداية. وقيل: إن كان المدعي هو المولى لا تفيد بينته لأن العقد غير لازم في حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز. وأطلق الخلع وهو مقيد بما إذا كانت المرأة هي المدعية للخلع لأن مقصودها إثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه كالبيع بخلاف دعوى الدين فإن المقصود منه المال، وإن كان المدعي هو الزوج وقع الطلاق بإقراره فيكون دعوى دين فيثبت الأقل وهو ما اتفقا عليه. وأشار بالكتابة والخلع إلى كل عقد شابههما وهو الصلح عن دم العمد والعتق على مال والرهن ففي الصلح لا بد أن يكون المدعي هو القاتل، وفي الإعتاق لا بد من كون المدعي العبد لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه، فإن كانت الدعوى من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لثبوت العفو والعتق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم يقض بشيء عنده، وعندهما يقضي بالأقل، وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة يقضي بألف اتفاقاً. وأما في الرهن فإن كان المدعي هو الراهن لم تقبل لأنه لا حظ له في الرهن بعدم لزومه في حق المرتهن فعريت الشهادة عن الدعوى، وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى

بالبيع ولم يسميا ثمناً ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لأن حاجة القاضي إلى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك إذا لم يكن الثمن مسمى. وإن قالا أقر عندنا أنه باعها منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن فهو جائز لأن الحاجة إلى القضاء بالملك للمدعي دون القضاء بالعقد فقد انتهى حكم العقد استيفاء الثمن، ولأن الجهالة إنما تؤثر لأنها تفضي إلى منازعة مانعة من التسليم والتسلم ألا ترى أن ما لا يحتاج إلى قبضه فجهالته لا تضر وهو المصالح عنه بخلاف ما يحتاج إلى قبضه وهو المصالح، فإذا أقر باستيفاء الثمن فلا حاجة هنا إلى تسليم الثمن فجهالته لا تمنع القاضي من القضاء بحكم الإقرار.

قوله: **(فكان المقصود إثبات لسبب)** قال في الفتح: لأن دعوى السيد المال على عبده لا تصح إذ لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف إنكار العبد إليه للعلم بأنه لا يتصور له

. . . .

الدين. وصوره الشارح بأن يدعي أنه رهنه ألفاً وخمسمائة وادعى أنه قبضه ثم أخذه الراهن فطلب الاسترداد منه فأقام بينة فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة فإنه يثبت أقلهما ا هـ. وهذه صورة دعوى العقد فينبغي أن لا تقبل أصلاً ولم يذكر صورة دعوى الدين، وصوره في فتح القدير بأن يقول المرتهن أطالبه بألف وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي، وظاهر الهداية أن الرهن إنما هو من قبيل دعوى الدين. وتعقبه في العناية تبعاً للنهاية بأن عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة فيجب أن لا تقبل البينة وإن كان المدعي هو المرتهن لأنه كذب أحد شاهديه. وأجيب بأن العقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكأنه في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لأن الرهن لا يكون إلا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالألف ضمناً وتبعاً ا هـ. ولم يذكر المؤلف الإجارة لكن أشار بالبيع إليها ولذا قال في الهداية: إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع وإن كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين ا هـ. قيد بكون المدعي هو الآجر للاحتراز عما إذا كان المدعي هو المستأجر فهو دعوى العقد بالإجماع لأنه معترف بمال الأجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف؛ كذا في فتح القدير. وحاصله أن بعضهم قال إن كان ذلك اعترافاً منه بمال الإجارة فيجب ما اعترف به ولا حاجة إلى الشهود لأنه إن أقر بالأكثر فلا يبقى نزاع، وإن أقر بالأقل فالآجر لا يأخذ منه بينة سوى ذلك؛ كذا في النهاية. وفي بعض الشروح: فإن كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العقد بالإجماع. قال في العناية: وهو في معنى

عليه دين إلا به فالشهادة ليست إلا لإثباتها قوله: **(وهذه صورة دعوى العقد فينبغي أن لا تقبل أصلاً)** أقول: جوابه يأتي قريباً وهو ما ذكره من الجواب عن تعقب صاحب العناية والنهاية. وقوله «وصوره في فتح القدير الخ» تأمل في هذا التصوير فإن المراد بيان أن دعوى المرتهن الرهن بمنزلة الدين ليثبت الأقل، وما ذكره من التصوير دعوى الدين مجردة وفي ضمنها إقرار بالرهن فليست مما نحن فيه، فالذي يظهر تصوير الشارح الزيلعي فتأمل. قوله: **(اعترافاً منه)** أي من المستأجر قوله: **(فشمل ما إذا ادعت أقل المالين أو أكثرهما وهو الصحيح)** قال في فتح القدير: وهذا مخالف للرواية فإن محمداً رحمه الله في الجامع قيده بدعوى الأكثر حيث قال: جازت الشهادة بألف وهي تدعي ألفاً وخمسمائة والمفهوم معتبر رواية. وبقوله ذلك أيضاً يستفاد لزوم التفصيل في المدعي به بين كونه الأكثر فيصح عنده أو الأقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعى شاهد الأكثر كما عول عليه محققو المشايخ، فإن قول محمد «وهي تدعي الخ» يفيد تقييد جواب قول أبي حنيفة بالجواز إذا كانت هي المدعية للأكثر دونه فإن الواو فيه للحال والأحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين ألف اهـ وفي الشرنبلالية قلت: إلا أن الزيلعي رحمه الله أشار إلى جواب هذا فقال: ويستوي فيه دعوى **أقل المالين**

لوارثه بلاجر إلا أن يشهدا بملكه أو يده أو يد مستعيره وقت الموت ولو شهدا بيد حي

الأول لأن الدعوى إذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه ا هـ. وفي جامع الفصولين: شهدا برهن ولم يعلما قدر الدين لم يجز ا هـ. ولم أر صريحاً حكم الصلح عن المال وإنما سكتوا للعلم به من الصلح فإنه إن كان بمال عن إقرار كان بيعاً وقد علم حكمه، وإن كان بمنافع كان إجارة وقد علم حكمها. ولم يذكروا اختلافهما في الكفالة والحوالة ولا يتصور الدعوى بها إلا من الطالب، والظاهر أنها من قبيل دعوى الدين فإذا اختلفا في مقدار المكفول به قضي بالأقل ولا تتصور في الحوالة إلا من المحتال وهي كالكفالة قوله: **(فإما في النكاح فيصح بألف)** استحساناً. وقالا: هي باطلة أيضاً لأنه اختلاف في العقد لأن المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع. ولأبي حنيفة أن المال في النكاح تابع والأصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت، فإذا وقع الاختلاف في البيع يقضى الأقل لاتفاقهما عليه. أطلقه فشمل ما إذا ادعت أقل المالين وأكثرهما وهو الصحيح، وشمل ما إذا كان المدعي الزوج أو المرأة وهو الأصح كما في الهداية. وقيل: الاختلاف فيما إذا كانت هي المدعية وفيما إذا كان المدعي هو الزوج فالإجماع على عدم قبولها لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد وصححه في الفوائد كما في النهاية.

قوله: **(وملك المورث لم يقض لوارثه بلاجر إلا أن يشهدا بملكه أو يده أو يد مستعيره وقت الموت)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف. هو يقول: إن ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث. وهما يقولان: إن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل إلا أنه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة، وكذا على قيام يده لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت. والمراد بالمستعير الأمين مستعيراً أو مودعاً أو مستأجراً لأن يده قائمة مقام يده فأغنى ذلك عن الجر والنقل. ولو قال «أو يد من يقوم مقامه» لكان أولى ليشمل الأمين وغيره كالغاصب والمرتهن، فالجر أن يقول الشاهد مات وتركها ميراثاً له أو ما يقوم مقامه من إثبات ملكه وقت الموت أو إثبات يده أو يد من قام مقامه، فإذا أثبت الوارث أن العين كانت

في الصحيح لاتفاقهما في الأصل وهو العقد، فالاختلاف في التبع لا يوجب خللاً فيه لكنه لا بد من وجوب المال فيجب الأقل لاتفاقهما عليه، ولا يكون بدعوى الأقل تكذيباً للشاهد لجواز أن الأقل هو المسمى ثم صار الأكثر بالزيادة.

قوله: **(فالجر أن يقول الشاهد الخ)** أشار إلى أن الجر يكون نصاً ويكون غيره بذكر ما يقوم مقامه وذلك بإثبات الملك أو اليد وقت الموت قوله: **(وهو محل الاختلاف)** يعني أنهما لو شهد أنها

....

لمورثه لا يقضى له وهو محل الاختلاف بخلاف الحي إذا أثبت أن العين كانت له فإنه يقضى له بها اعتباراً للاستصحاب إذ الأصل البقاء. وكذا إذا أقام البينة أنه اشتراها من فلان فإنه يكفي ولا يحتاج إلى إثبات ملك البائع وقته لأن الشراء موضوع للملك بخلاف الموت فإنه مزيل له، ولذا لم يصح التعليق بقوله للوارث إن مات سيدك فأنت حر. ثم اعلم أن القضاء للوارث لا بد فيه للمشهود من الجر كما قدمناه، ولا بد فيه من بيان سبب الوراثة فإذا شهدوا أنه أخوه فلا بد فيه من بيان أنه أخوه لأبيه وأمه أو لأحدهما. وفي البزازية: وكذا إذا شهدوا أنه عمه أو مولاه لم تقبل لأن المولى مشترك، فإن قالا هو مولاه أعتقه ولا نعلم له وارثاً غيره فحينئذ تقبل. وفي الظهيرية: ادعى أنه وارث فلان الميت وأقام شاهدين فشهدا أنه وارث فلان الميت لا وارث له سواه فإن القاضي يسألهما عن النسب ولا يقضي قبل السؤال، ولو أقام المدعي بينة أنه وارث فلان وأن قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بأنه وارثه لا وارث له غيره وأشهدنا على قضائه ولا ندري بأي سبب قضى، فإن القاضي يسأل المدعي عن النسب الذي قضى له القاضي به فإن بين قضى له بالميراث لأن قضاء القاضي يحمل على الصحة والسداد ما أمكن ولا ينقض بالشك، ولا يقضي بالنسب الذي بين المدعي لأن هذا القاضي لا يدري أن القاضي الأول هل قضى بذلك النسب أم لا اهـ. وفيها من كتاب الدعوى: والابن إذا ادعى داراً بجهة الوراثة فشهد الشهود أنها كانت داراً لأبيه وقت الموت ولم يقولوا في شهادتهم وهو ابنه ووارثه قال بعضهم: لا تصح هذه الشهادة فإن محمداً رحمه الله تعالى ذكر في الزيادات وشهدوا أنه ابنه ووارثه قالوا: إنما ذكر ذلك لإزالة وهم الرضاع. والأصح أن قوله ووارثه وقع اتفاقاً ولا معول عليه فإنه ذكر في الأب والأم وهو أبوه وأمه وجوز الشهادة وإن لم يذكروا وارثه، فإن ادعى أنه عم الميت يشترط لصحة الدعوى

كانت لمورثه بدون إضافة الملك إلى وقت الموت فهو محل الاختلاف بين أبي يوسف وصاحبيه، فعنده يكفي ذلك، وعندهما لا. ولما طولبا بالفرق بين هذا وبين الحي إذا ادعى ملك عين في يد رجل فشهدا بأنها كانت ملك المدعى أو شهد المدعي عين في يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فإنه يقضى للمشتري وإن لم ينصوا على أنها ملكه يوم البيع مع أن كلاً من الشراء والإرث يوجب تجدد الملك أشار إلى الجواب بقوله «بخلاف الحي الخ» وبيانه على ما في فتح القدير أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات ما لم يكن وهو المحتاج إليه في الوارث بخلاف مدعي العين فإن الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده، والملك في الشراء مضاف إليه لا إلى ملك البائع لأن الشراء آخرهما وجوداً وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه والشراء ثابت بالبينة، أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف إلى كون المال ملكاً للميت وقت الموت لا إلى الموت لأنه ليس سبباً موضوعاً للملك بل عنده يثبت إن كان له مال فارغ.

. . . .

أن يفسر فيقول عمه لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه، ويشترط أيضاً أن يقول ووارثه وإذا أقام البينة لا بد للشهود من نسبة الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد وكذلك هذا في الأخ والجد ا هـ. وفي البزازية: وكذا إذا شهدوا أنه ابن ابنه أو بنت ابنه لا بد أن يقولوا إنه وارثه. وقيد بالملك لأن إثبات شراء المورث لا يتوقف على الجد لما في الظهيرية: ادعى داراً في يد رجل أن أباه اشتراها من ذي اليد بألف درهم ومات أبوه فجحد البائع ذلك صح دعواه وإن لم يذكر في دعواه أن أباه مات وتركها ميراثاً له وهو الذي يقال الجر شرط عند أبي حنيفة ومحمد لصحة الدعوى، ثم القاضي يسأل البينة فإذا أقام البينة على ذلك وقالوا لا نعلم له وارثاً غيره يقضي القاضي بالبينة ويأمر المدعي أن ينقد الثمن، ولو كانت الدار في يد رجل آخر غير البائع لا بد من الجر لصحة الدعوى ا هـ. وبه ظهر أن الجر شرط صحة الدعوى لا كما يتوهم من كلام المصنف من أنه شرط القضاء بالبينة فقط. ومن شرط قبول الشهادة بالميراث أن يدرك الشاهد الميت ولذا قال في البزازية: شهدا أن فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثاً ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لأنهما شهدا بملك لم يعاينا سببه ولا رأياه في يد المدعي؛ كذا في البزازية. ومن الشروط قول الشاهد لا وارث له غيره. وفي البزازية: ويشترط ذكر لا وارث له غيره لإسقاط التلوم عن القاضي. وقوله لا أعلم له وارثاً غيره عندنا بمنزلة ولا وارث له غيره، ولو قال لا وارث له غيره بأرض كذا تقبل عنده خلافاً لهما ا هـ. ولا يشترط ذكر اسم الميت حتى لو شهدوا أنه جده أبو أبيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل بدون ذكر اسم الميت. وفي الأقضية: شهدا بأنه جد الميت وقضى له به ثم جاء آخر وادعى أنه أبو الميت وبرهن فالثاني أحق بالميراث. شهدا أنه أخو الميت وقضى له به شهد هذان لآخر على أنه ابن الميت أيضاً لا يبطل القضاء الأول بل يضمنان للثاني ما أخذ الأول من الميراث؛ كذا في البزازية.

قوله: **(ولو شهدا بيدجي منذ شهر ردت)** وعن أبي يوسف أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك، ولو شهدوا أنها ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما لو شهدا بالأخذ من المدعي ووجه الظاهر وهو قولهما إن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء بإعادة المجهول بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف، وبخلاف الأخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد. وقوله «**منذ شهر**» ليس بقيد فإن الخلاف ثابت فيما لم يذكره فإنه ذكر الإمام التمرتاشي: لو شهدوا لحي أن العين كان في يده لم تقبل لأن

قوله: **(لا كما يتوهم من كلام المصنف)** فيه أن قوله «بلا جر» يشمل الجر من المدعي والشاهد على أن الكلام في الشهادات لا في الدعاوى قوله: **(ومن الشروط قول الشاهد لا وارث له غيره)** ظاهره أنه شرط لقبول الشهادة والحكم بها، والمراد أنه شرط لقبولها في الحال بدليل قوله «لإسقاط

منذ شهر ردت ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعي دفع إلى المدعي.

باب الشهادة على الشهادة

تقبل فيما لا يسقط بالشبهة إن شهد رجلان على شهادة شاهدين لا شهادة واحد

اليد محتملة يد غصب أو يد ملك فإن كانت يد غصب عن ذي اليد لا تجب إعادته، وإن كانت يد ملك تجب فلا تجب بالشك؛ كذا في النهاية وجامع الفصولين قوله: **(ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعي دفع إلى المدعي)** لأن الإقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار. وفي البزازية: الأصل في باب الشهادة أن الشهادة بالملك المنقضي مقبولة لا باليد المنقضية لأن الملك لا يتنوع واليد تتنوع باحتمال أنه كان له فاشتراه منه ا هـ. قيد بالإقرار باليد مقصوداً لأنه لو أقر له بها ضمناً لم تدفع إليه كما سيأتي في الإقرار. وإنما قال دفع إليه دون أن يقول إنه إقرار بالملك له لأنه لو برهن على أنه ملكه فإنه يقبل لما في جامع الفصولين: أخذ عيناً من يد آخر وقال إني أخذته من يده لأنه كان ملكي وبرهن على ذلك تقبل لأنه وإن كان ذا يد بحكم الحال لكنه لما أقر بقبضه منه فقد أقر أن ذا اليد في الحقيقة هو الخارج، ولو أقر المدعي عليه أني أخذته من المدعي لأنه كان ملكي فلو كذبه المدعي في الأخذ منه لا يؤمر بالتسليم إلى المدعي لأنه رد إقراره وبرهن على ذي اليد، ولو صدقه يؤمر بتسليمه إلى المدعي فيصير المدعي ذا يد فيحلف أو يبرهن الآخر ا هـ. وقيد بكونه أقر أنه كان بيده لأنه لو أقر أنه كان بيد المدعي بغير حق ففيه اختلاف؛ قيل هو إقرار له باليد وبه يفتى، وقيل لا إلا أن يقر أنه كان بيده بحق؛ كذا في جامع الفصولين. وقيد بالإقرار بكونه في يد المدعي لأنه لو ادعى عقاراً فأقر المدعى عليه أنه بيده لم تقبل حتى يبرهن المدعي أو يعلم القاضي بخلاف المنقول وسيأتي في الدعوى إن شاء الله تعالى والله أعلم.

باب الشهادة على الشهادة

لا يخفى حسن تأخير شهادة الفروع عن الأصول قوله: **(تقبل فيما لا يسقط بالشبهة)**

التلوم» والمراد بالتولم تأخير القضاء مدة حتى يغلب على ظنه أن لا وارث له كما أفاده في متفرقات القضاء عند قوله «تركة قسمت بين الورثة أو الغرماء الخ» وتمام المسألة هناك عن شرح أدب القضاء فراجعها

باب الشهادة على الشهادة

قوله: **(وشمل التقرير الخ)** الظاهر أنه التعزير لأنه المصرح به في الأجناس.

....

أي يقبل أداء الفروع في حق لا تسقطه الشبهة استحساناً لشدة الحاجة إليها إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على شهادته أدى إلى إتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث إن فيها زيادة الاحتمال وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص. أطلقه فشمل الوقف وهو الصحيح إحياء له وصوناً عن اندراسه، وشمل التقرير وهو مصرح به في الأجناس وقضاء القاضي وكتابه كما في الخانية، وما في المبسوط من أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي بلدة كذا حد فلاناً في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان لا يرد نقضاً على قولنا لا تقبل في الحدود فإن المشهود به فعل القاضي وهو مما يثبت مع الشبهات. والمراد بالشهادة بالحد الشهادة بوقوع أسبابها الموجبة لها مع أن في المحيط لا تقبل هذه الشهادة وشمل النسب كما في خزانة المفتين. وفي القنية: أشهد القاضي شهوداً أني حكمت لفلان على فلان بكذا فهو إشهاد باطل لا عبرة به والحضور شرط ا هـ. وفي يتيمة الدهر: وكتبت إلى الحسن بن زياد إذا أشهد القاضي على قضائه الشاهدين اللذين شهدا في تلك الحادثة هل يصح إشهاده اياهما؟ فقال: نعم لكنه ينفصل عن القبول في الحكم ا هـ. قوله: **(إن شهد رجلان على شهادة شاهدين)** أي كل من الشاهدين فعلى كل أصل شاهدن، سواء كانا هما أو غيرهما. وقال الشافعي: لا يجوز الأربع على كل أصل اثنان لأن كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين. ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق فهما لو شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل. وقوله «رجلان» وقع اتفاقاً لأنه يجوز أن يشهد عليها رجل وامرأتان لتمام النصاب، وكذا لا يشترط أن يكون المشهود على شهادته رجلاً لأن للمرأة أيضاً أن تشهد على شهادتها رجلين أو رجلاً وامرأتين، ويشترط أن يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة؛ كذا ذكر الشارح. وقد توهم المقدسي في الحاوي أنه قيد احترازي فقال: ولا تقبل شهادة النساء على الشهادة ا هـ. وهو غلط. أطلق الرجلين فشمل شهادة الابن على شهادة الأب فإنها جائزة وعلى قضائه لا يجوز؛ كذا في الخلاصة. وصحح في خزانة المفتين وفي البزازية الجواز على قضائه أيضاً. وفي كافي الحاكم: وإن شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر بحق لم تجز، وكذا لو شهد كافران على قضاء قاض لكافر أو لمسلم على كافر ولو شهد مسلمان على شهادة كافر جازت الشهادة ا هـ.

قوله: **(لا شهادة واحد على شهادة واحد)** أي لا تقبل. أطلق في الواحد الثاني فشمل المرأة لما قدمناه أنه لا بد من نصاب الشهادة على شهادتها. والمراد من الواحد الأول ما كان أقل من نصاب الشهادة فلذا قال في الخزانة: ولو أن عشرة نسوة شهدن على شهادة واحد أو على شهادة امرأتين أو على شهادة امرأة لا يقبل الحاكم ذلك حتى يشهد معهن رجل ا هـ.

على شهادة واحد والإشهاد أن يقول اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلاناً أقر عندي

وأشار إلى أنه لو شهد النصاب على شهادة واحد لم يقض، فلو شهد عشرة على شهادة واحد تقبل ولكن لا يقضي حتى يشهد شاهد آخر لأن الثابت بشهادتهم شهادة واحد؛ كذا في الخزانة. وفي البزازية معزياً إلى الأصل: شهدا على رجل وأحدهما في شهادة فرع عن آخر ثم شهد هذا بعد نقل شهادة الأصل على شهادة نفسه لا تقبل لأدائه إلى أن يثبت بشهادة واحد ثلاثة أرباع الحق وأنه خلاف وضع الشهادة، ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره يصح ا هـ قوله: **(والإشهاد أن يقول اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلانا أقر عندي بكذا)** لأن الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد أن يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القاضي. ولم يذكر المؤلف بعد قوله أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه لأنه ليس بشرط لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له اشهد كما قدمناه. وإنما قالوا الفرع كالنائب ولم يجعلوه نائباً لما قدمناه من أن له أن يقضي بشهادة أصل وفرعين عن أصل آخر، ولو كان الفرع نائباً حقيقة لما جاز الجمع بين الأصل والخلف؛ كذا في النهاية. وقد يقال إنه فرع عمن تعذر حضوره لا عن الأصل الحاضر فلا يضر الجمع لو جعل نائباً حقيقة إذ هو جمع بين أصل وفرع أصل آخر. قيد بقوله «اشهد» لأنه لو لم يقل له اشهد لم يسعه أن يشهد على شهادته وإن سمعها منه لما قدمناه. وقيد بقوله «على شهادتي» لأنه لو قال اشهد علي بذلك لم تجز له الشهادة لأنه لفظ يحتمل لاحتمال أن يكون الإشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمراً بالكذب. وقيد بـ«على» لأنه لو قال بشهادتي لم تجز له لاحتمال أن يكون أمراً بأن يشهد مثل شهادته بالكذب. وقيد بالشهادة على الشهادة لأن الشهادة بقضاء القاضي صحيحة وإن لم يشهدهما القاضي عليه. وذكر في الخلاصة اختلافاً بين أبي حنيفة وأبي يوسف فيما إذا سمعاه في غير مجلس القضاء فجوزه أبو حنيفة وهو الأقيس، ومنعه أبو يوسف وهو الأحوط ا هـ. وأشار بعدم اشتراط قبوله إلى أن سكوت الفرع عند تحميله يكفي لكن لو قال لا أقبل قال في القنية: ينبغي أن لا يصير شاهداً حتى لو

قوله: **(قيد بقوله اشهد لأنه لو لم يقل له أشهد لم يسعه أن يشهد الخ)** قال الرملي: وفي السراج الوهاج نقلاً عن النهاية أن هذا محله فيما إذا سمعه في غير مجلس القضاء، أما لو سمع في مجلس القضاء شاهداً يشهد جاز له أن يشهد على شهادته اهـ قوله: **(فيما إذا سمعاه)** أي الشاهدان سمعا القاضي. وفي البزازية: سمعا من الحاكم يقول حكمت لهذا على هذا بكذا ثم نصب حاكم آخر لهما أن يشهدا به عليه إن سمعاه منه في المصر وهو الأحوط والذي عليه علم الهدى[1] والمتأخرون أن

---

(١) قوله **(علم الهدى)** هو الإمام الماتريدي اهـ منه.

بكذا وأداء الفرع أن يقول اشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده وقال لي اشهد على شهادتي بكذا ولا شهادة للفرع إلا بموت أصله أو مرضه أو سفره فإن

شهد بعد ذلك لا تقبل ا هـ. وفي الحاوي القدسي: ولا ينبغي أن يشهد الشاهد على شهادة من ليس بعدل عنده ا هـ.

قوله: (**وأداء الفرع أن يقول أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته إن فلاناً أقر عندي بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بكذا**) لأنه لا بد من شهادته وذكره في شهادة الأصل وذكر التحميل وهو الأوسط وفيه خمس شينات، ولها لفظ أطول من هذا فيه ثماني شينات وأقصر منه أربع شينات بذكر أمرني فلان أن أشهد بإسقاط أشهدني، وأقصر من الكل ما فيه شينان بأن يقول أشهد على شهادة فلان بكذا؛ ذكره محمد في السير الكبير وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأبي جعفر وشمس الأئمة السرخسي، وهو أسهل وأيسر وأقصر. وروي أن أبا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فأخرج لهم الرواية من السير فانقادوا إليه. وقوله «فلان» تمثيل وإلا فلا بد من بيان شاهد الأصل لما في الصغرى: شهود الفرع يجب أن يذكروا أسماء الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وقالا لا نسميهما أو لا نعرف أسماءهما لم تقبل لأنهما تحملا مجازفة لا عن معرفة ا هـ. والله أعلم قوله: (**ولا شهادة للفرع إلا بموت أصله أو مرضه أو سفره**) **لأن جوازها عند الحاجة** وإنما تمس عند عجز الأصل **وبهذه الأشياء يتحقق العجز به. وإنما اعتبرنا السفر لأن العجز بعد** المسافة ومدة السفر بعيدة حكماً حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم. وعن أبي يوسف: إن كان في مكان لو غدا إلى أداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس. قالوا: الأول أحسن وهو ظاهر الرواية كما في الحاوي، والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث وكثير من المشايخ. وقال فخر الإسلام: إنه حسن. وفي السراجية: وعليه الفتوى. وعن محمد أنه يجوز كيفما كان حتى روي عنه إنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم. ودل كلام المصنف أن السلطان والأمير لا يجوز إشهادهما في البلد وهي في القنية، وظاهر كلامه الحصر في الثلاثة وليس كذلك فقد صرح في القنية بأن الأصل إذا كانت امرأة مخدرة يجوز إشهادها على شهادتها وهي التي لا تخالط الرجال ولو خرجت لقضاء حاجة أو للحمام ا هـ. وفي السراج الوهاج: إذا كان شاهد الأصل محبوساً في المصر فأشهد على شهادته هل يجوز للفرع أن يشهد على شهادته؟ وإذا شهد عند القاضي هل يحكم بها؟ قال في الذخيرة: اختلف فيه مشايخ زماننا قال

كلام العالم والعادل مقبول وكلام الظالم والجاهل لا إلا الجاهل العادل إن أحسن التفسير يقبل وإلا

فلا، ولا خفاء أن علم قضاة بلادنا ليس بشبهة فضلاً عن الحجة إلا في كتاب القاضي للضرورة.

عدلهم الفروع صح وإلا عدلوا وتبطل شهادة الفروع بإنكار الأصل الشهادة ولو شهدا

بعضهم إن كان محبوساً في سجن هذا القاضي لا يجوز لأن القاضي يخرجه من سجنه حتى يشهد ومن ثم يعيده إلى السجن، وإن كان في سجن الوالي ولا يمكنه الخروج للشهادة يجوز اهـ. وأطلق في التهذيب جوازها بحبس الأصل وقيد شهادة الفرع أي عند القاضي لأن وقت التحمل لا يشترط له أن يكون بالأصول عذر لما في خزانة المفتين: والإشهاد على شهادة نفسه يجوز وإن لم يكن بالأصول عذر حتى لو حل بهم العذر من مرض أو سفر أو موت يشهد الفروع ا هـ. وأطلق في مرضه وقيد في الهداية بأن لا يستطيع الحضور إلى مجلس القاضي. وفي شرح المجمع للمصنف: المرض الذي لا يتعذر معه الحضور لا يكون عذراً ا هـ. وظاهر قوله «أو سفره» أنه يجوز بمجرد سفر الأصل بأن يجاوز بيوت مصره قاصداً ثلاثة أيام ولياليها وإن لم يسافر ثلاثاً، وظاهر كلام المشايخ أنه لا بد من غيبة الأصل ثلاثة أيام ولياليها كما أفصح به في الخانية.

قوله: **(فإن عدلهم الفروع صح)** أي قبل تعديلهم لأنهم من أهله. وفي الصغرى: وهو ظاهر الرواية وهو الصحيح لأن الفرع نائب ناقل عبارة الأصل إلى مجلس القاضي فبالنقل ينتهي حكم النيابة فيصير أجنبياً فيصح تعديله ا هـ. والمراد أن الفروع معروفون بالعدالة عند القاضي فعدلوا الأصول وإن لم يعرفهم بها فلا بد من تعديلهم وتعديل أصولهم. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أن أحد الشاهدين لو عدل صاحبه وهو معروف بالعدالة عند القاضي فإنه يجوز لأن العدل لا يتهم بمثله. واختاره في الهداية ونقل فيه قولين في النهاية. والحاصل كما في الخانية أن القاضي إن عرف الأصول والفروع بالعدالة قضى بشهادتهم، وإن عرف أحدهما دون الآخر سأل عمن لم يعرفه، وإذا شهد الفروع على شهادة أصل فردت شهادته لفسق الأصل لا تقبل شهادة أحدهما بعد ذلك ا هـ. قوله: **(وإلا عدلوا)** أي إن لم يعد لهم الفروع ولم يعرفهم القاضي بالعدالة سأل عنهم وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل. ولأبي يوسف أن الواجب عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم، وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا كذلك في الهداية والكافي، وظاهره أنه يجوز للفرع التحمل والأداء وإن لم يعرف عدالة الأصل. وفي خزانة المفتين: الفرع إذا لم يعرف الأصل

قوله: **(وظاهر قوله أو سفره أنه يجوز بمجرد سفر الأصل الخ)** في كونه ظاهر كلامه ذلك نظر حيث كانت العلة العجز وإلا لزم أن يكون المرض الذي لا يتعذر معه الحضور عذراً وليس كذلك، فالمتبادر غيبة مدة السفر ولذا أتى في الهداية برديفه فقال: أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام ولياليها فصاعداً. قوله: **(فإنه يجوز لأن العدل لا يتهم بمثله)** فيه عود الضمير على غير مذكور وعبارة الهداية: وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر يجوز لما قلنا أي من أنه أهل التزكية. غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته ولكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه،

....

بعدالة ولا غيرها فهو مسيء في الشهادة على شهادته بتركه الاحتياط ا هـ. وقالوا: الاساءة أفحش من الكراهة. وقوله «وإلا» صادق بصور: الأولى أن يسكتوا وهو المراد هنا كما أفصح به في الهداية. الثانية أن يقول الفروع للقاضي بعد السؤال لا نخبرك فجعله في الخانية على الخلاف بين الشيخين، فقولهما لا نخبرك بمنزلة قولهما لا نعرف الأصل أعدل أم لا. وذكر الخصاف أن عدم القبول جواب ظاهر الرواية كما ذكره القاضي الإمام علي السغدي في شرح أدب القاضي، وذكر الحلواني أن القاضي يقبل شهادتهما ويسأل عن الأصل وهو الصحيح لأن الأصل بقي مستوراً. ووجه المشهور أن قولهما لا تخبرك جرح للأصول واستشهد الخصاف فقال: ألا ترى أنهما لو شهدا عند القاضي على شهادة رجل وقالا للقاضي إنا نتهمه في الشهادة لم يقبل القاضي شهادتهما على شهادته فكذا إذا قال لا نخبرك. ووجه رواية أبي يوسف أن هذا يحتمل أن يكون جرحاً ويحتمل أن يكون توقفاً فلا يثبت الجرح بالشك؛ كذا في الفتاوى الصغرى. الثالثة أن يقول الفرع للقاضي إنا نتهمه في الشهادة فإن القاضي لا يقبله؛ كذا في الخانية وهو ما قدمناه من شاهد الخصاف.

قوله: **(وتبطل شهادة الفروع بإنكار الأصل الشهادة)** أي الأشهاد بأن قالوا لم نشهدهم

كيف وإن قوله مقبول في نفسه، وإن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة انتهت. وقوله «غاية الأمر» أي غاية ما يرد أنه متهم بسبب أن في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على موجب ما يشهد به قلنا العدل لا يتهم بمثل ما ذكرت من الشبهة فإن مثلها ثابت في شهادة نفسه فإنها تتضمن القضاء بها، فكما أن الشرع لم يعتبر مع عدالته ذلك مانعاً كذا ما نحن فيه وإلا لا نسد باب الشهادة اهـ. ملخصاً من النهاية والفتح. وبه ظهر أن الضمير ليس عائداً للعدل كما توهمه بعضهم قوله: **(الإساءة أفحش من الكراهة)** أقول: هكذا ذكره في شرحه على المنار ولكن الذي رأيته في التقرير شرح أصول البزدوي والتحقيق شرح الأخسيكني وغيرهما أن الإساءة دون الكراهة، ولعل مراد من قال دون الكراهة أراد بها التحريمية، ومن قال أفحش أراد بها التنزيهية.

قوله: **(أي الإشهاد بأن قالوا الخ)** هكذا فسر الزيلعي كلام المصنف قال في الدرر أقول: قد وقعت العبارة في الهداية وشروحه وسائر المعتبرات هكذا وإن أنكر شهود الأصل الشهادة موافقة لما في الكافي، ولا يخفى على أحد مغايرة الأشهاد للشهادة فكيف يصح تفسيرها به؟ ولعل منشأ غلطه قولهم لأن التحميل لم يثبت للتعارض فإن معنى التحميل هو الإشهاد، وخفي عليه أن التحميل لا يثبت أيضاً إذا أنكر أصل الشهادة بل هذا أبلغ من إنكار الإشهاد لأنه كناية وهي أبلغ من التصريح اهـ. وفي الشرنبلالية قال الفاضل المرحوم جوي زاده أقول: لم يرد الزيلعي تفسير لفظ الشهادة بالإشهاد بل أراد أن مدار بطلان شهادة الفرع على إنكار الأصل للإشهاد حتى يبطل، ولو قال لي شهادة على هذه الحادثة لكن لم أشهد والمذكور في المتن تصور المسألة في صورة من صورتي إنكار

....

على شهادتنا فماتوا وغابوا ثم شهد الفروع لم تقبل لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط. قيد بالإنكار لأنهم لو سئلوا فسكتوا لم يبطل الإشهاد؛ كذا في الخلاصة. وفيها معزواً إلى الجامع الكبير: إذا شهدا على شهادة رجلين أنه أعتق عبده ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الأصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهي عند عامة المشايخ. وقال بعضهم: لا يصح. والأول أظهر ا هـ. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أن المروي عنه إذا أنكر الرواية بطلت الرواية؛ كذا في الخلاصة وهي مسألة الأصول. واستشكل في فتح القدير عمل المشايخ بالمسائل التي أنكرها أبو يوسف على محمد حين عرض عليه الجامع الصغير وقدمناه في الصلاة وذكرناه في شرح المنار. وفي الخلاصة: لو نهاه عن الرواية وسعه الرواية عنه ا هـ. فعلى هذا يفرق بين الشهادة والرواية على قول العامة. ومما يبطل الإشهاد خروج الأصل عن أهلية الشهادة لما في خزانة المفتين: وإذا خرس الأصلان أو فسقا أو عميا وارتدا أو جنا لم تجز شهادة الفروع ا هـ. ومما يبطله أيضاً حضور الأصل قبل القضاء. قال في الخانية: ولو أن فروعاً شهدوا على شهادة الأصول ثم حضر الأصول قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفروع ا هـ. وظاهر قوله «لا يقضى» دون أن يقول بطل الإشهاد أن الأصول لو غابوا بعد ذلك قضى بشهادتهم. وذكر في كتاب القاضي إلى القاضي إذا كتب للمدعي كتاباً ثم حضر بلد المكتوب إليه قبل أن يقضي المكتوب إليه بكتابه لا يقضى بكتابه كما لو حضر شاهد الأصل ا هـ. وفي اليتيمة سئل الخجندي عن قاضٍ قضى لرجل بملك الأرض بشهادة الفروع ثم جاء الأصول هل يبطل الفروع؟ فقال: هذا مختلف بين أصحابنا، فمن قال إن القضاء يقع بشهادة الأصول يبطل، ومن قال القضاء يقع بشهادة الفروع لا يبطل ا هـ. وهذا الاختلاف عجيب

الإشهاد وهي صورة إنكار الشهادة رأساً إذ لا شك في فوات الإشهاد في هذه الصورة أيضاً، وأنه ليس المراد بما في المتن حصر البطلان بصورة إنكار الشهادة ولم يخف عليه أن التحميل لا يثبت أيضاً مع إنكار أصل الشهادة، وإنما يكون خافياً عليه لو توهم عدم بطلان شهادة الفرع حينئذ وحاشاه عن ذلك. وإذ قد عرفت أن البطلان يعم صورة إنكار الشهادة رأساً وصورة الإقرار بها وإنكار الإشهاد تحققت أن كون التركيب أبلغ في الإنكار غير مراد اهـ. ما قاله الفاضل، وصورة إنكار الشهادة ما قاله في الجوهرة: وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع بأن قالوا ليس لنا شهادة في هذه الحادثة وغابوا أو ماتوا، ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم في هذه الحادثة وقالوا لم نشهد الفروع على شهادتنا، فإن شهادة الفروع لم تقبل لأن التحميل لم يثبت وهو شرط اهـ قوله: **(صح النهي عند عامة المشايخ)** يعني فلو غاب الأصول ليس لهم أن يشهدوا على شهادتهم لأن الإشهاد قد بطل بنهيهم فلا ينافي ما سيأتي أنه إذا حضر الأصول قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفروع فلا يقال لا حاجة إلى النهي هنا تأمل قوله: **(وظاهر قوله لا يقضي الخ)** على هذا ما كان ينبغي عده الحضور من مبطلات الإشهاد.

على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاءا بامرأة وقالا لا ندري أهي هذه أم لا وقيل للمدعي هات شاهدين أنها فلانة وكذا

فإن القضاء كيف يبطل بحضورهم فالظاهر عدمه قوله: **(ولو شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجآ بامرأة فقالا لا ندري أهي هذه أم لا قيل للمدعي هات شاهدين إنها فلانة)** لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة فلعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة، نظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه، وكذا إن أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى بقوله «على فلانة إلى آخره» إلى أنه يشترط في الإشهادة الإعلام بأقصى ما يمكن ولذا قال في الخانية: رجل أشهد رجلاً على شهادته فإن كان الذي له المال والذي عليه المال حاضرين عند الإشهاد بقوله أشهد أن فلان بن فلان هذا أقر عندي أن لفلان بن فلان هذا عليه ألف درهم كان الإشهاد صحيحاً، وإن كانا غائبين أو أحدهما حاضر والآخر غائب أو ميت ينبغي له أن ينسب الغائب منهما أو الميت منهما إلى أبيه وجده وقبيلته وما يعرف به لأن مجلس الإشهاد بمنزلة مجلس القضاء، فكما يشترط في أداء الشهادة الإعلام بأقصى الإمكان يشترط في الإشهاد اهـ. وفي البزازية وفي طلاق شيخ الإسلام أقر أن عليه لفلان بن فلان الفلاني كذا فجاء رجل بهذا الاسم وادعاه وقال أردت به رجلاً آخر مسمى بذلك صدق قضاء ولا يقضى عليه بالمال اهـ. وفي وصايا الخانية: قال المريض لرجل علي ألف درهم يعطي المال كله للورثة ولا يوقف شيء، ولو قال لمحمد عليه ألف درهم دين ولا يعرف محمد يوقف مقدار الدين اهـ. وفي المصباح: فلان وفلانه بدون ألف ولام كناية عن الأناسي وبهما كناية عن البهائم يقال ركبت الفلانة وحلبت الفلانة.

قوله: **(وكذا كتاب القاضي إلى القاضي)** لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل. ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى جواب المدعى عليه ولا بد منه فإنه إن قال لست أنا فلان بن فلان الفلاني كان البيان على المدعي وأنه أقر أنه فلان بن فلان وادعى الاشتراك في الاسم والنسب كان البيان على المدعى عليه ولذا قال في الخانية: القاضي إذا كتب كتاباً وكتب في كتابه اسم المدعى عليه ونسبه على وجه الكمال فقال المدعى عليه لست أنا فلان بن فلان الفلاني والقاضي المكتوب إليه لا يعرفه يقول القاضي للمدعي أقم البينة أنه فلان بن فلان، فإن قال المدعى عليه أنا فلان بن فلان بن فلان وفي هذا الحي أو الفخذ أو في هذه الحارة أو في هذه البلدة رجل غيري بهذا الاسم يقول له القاضي أثبت ذلك، فإن أثبت ذلك تندفع عنه الخصومة كما لو علم القاضي

كتاب القاضي إلى القاضي ولو قالا فيهما التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها ومن أقر أنه شهد زوراً يشهر ولا يعزر.

بمشارك له في الاسم والنسب لأن حال وجود الشريك في الاسم والنسب لا يتعين هو للكتاب، وإن لم يثبت ذلك يكون خصماً، وإن أقام المدعي البينة أنه كان باسمه ونسبه رجل آخر ومات ذلك لا يقبل قوله لأنه لا حق له في إثبات حياة ذلك الميت، وإن كان يعلم ما قاله المدعى عليه، فإن كان يعلم بموت ذلك الرجل بعد تاريخ الكتاب لا يقبل كتاب القاضي، وإن كان قبل ذلك قبل، وكذا لو كان لا يدري وقت موت ذلك الرجل ا هـ قوله: **(وإن قالا فيهما التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها)** لأن التعريف لا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة. وفسر في الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة، وفي الشرح بالجد الأعلى. وفي المصباح: الفخذ بالكسر وبالسكون للتخفيف دون القبيلة وفوق البطن، وقيل دون البطن وفوق الفصيلة وهو مذكر لأنه بمعنى النفر. والفخذ من الأعضاء مؤنثة والجمع فيها أفخاذ ا هـ. وفي المصباح: الفخذ آخر القبائل أولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ. وقال في غيره: الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل، والقبائل تجمع العمائر، والعمارة بكسر العين تجمع البطون، والبطن يجمع الأفخاذ، والفخذ يجمع الفصائل. وفي القاموس: الفخذ ككتف ما بين الورك والساق وحي الرجل إذا كان من أقرب عشيرته ا هـ. وذكر الزمخشري أن العرب على ست طبقات: شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة. فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير وسميت شعوباً لأن القبائل تتشعب منها. وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصي بطن، وهاشم فخذ، والعباس فصيلة، فعلى هذا لا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها إلى الفصيلة لأنها دونها ولذا قال الله تعالى ﴿وفصيلته التي تؤويه﴾ [المعارج: ١٣] ومنهم من ذكر بعد الفصيلة العشيرة وتمامه في فصل الكفاءة من النكاح. والحاصل أن التعريف بالإشارة إلى الحاضر وفي الغائب لا بد من ذكر الاسم، والنسب والنسبة إلى الأب لا تكفي عند الإمام ومحمد، ولا بد من ذكر الجد خلافاً للثاني فإن لم ينسب إلى الجد ونسبه إلى الفخذ الأب الأعلى كتميمي وبخاري لا يكفي وإن إلى الحرفة لا إلى القبيلة. والجد لا يكفي عند الإمام، وعندهما إن كان معروفاً بالصناعة يكفي. وإن نسبها إلى زوجها يكفي والمقصود الإعلام. ولو كتب إلى فلان بن فلان الفلاني على فلان السندي عبد فلان بن فلان الفلاني كفى اتفاقاً لأنه ذكر تمام التعريف، ولو ذكر اسم المولى واسم أبيه لا غير ذكر السرخسي أنه لا يكفي، وذكر شيخ الإسلام أنه يكفي وبه يفتى لحصول التعريف بذكر ثلاثة: العبد والمولى وأبوه. وإن ذكر اسم العبد والمولى أن نسب إلى قبيلة الخاص لا يكفي على ما ذكره السرخسي، ويكفي على ما ذكره شيخ الإسلام لوجوه ثلاثة، وإن لم يذكر

....

قبيلته الخاص لا يكفي، وإن ذكر اسم العبد ومولاه ونسب العبد إلى مولاه ذكر شيخ الإسلام أنه يكفي وبه أفتى الصدر لأنه وجد ثلاثة أشياء، وشرط الحاكم في المختصر للتعريف ثلاثة أشياء: الاسم والنسبة إلى الأب والنسبة إلى الجد أو الفخذ أو الصناعة. والصحيح أن النسبة إلى الجد لا بد منه وإن كان معروفاً بالاسم المجرد مشهوراً كشهرة الإمام أبي حنيفة يكفي، ولا حاجة إلى ذكر الأب والجد. وفي الدار كدار الخلافة وإن مشهورة لا بد من ذكر الحدود عنده، وعندهما هي كالرجل. ولو كنى بلا تسمية لم تقبل إلا إذا كان مشهوراً كالإمام. ولو كتب من ابن فلان إلى فلان لم يجز إلا أن اشتهر كابن أبي ليلى، ولو كتب إلى أبي فلان لم يجز لأن الجزء ينسب إلى الكل لا العكس؛ كذا في البزازية. ثم قال: ويشترط نظر وجهها في التعريف وإن أراد ذكر حليتها يترك موضع الحلية حتى يكون القاضي هو الذي يكتب الحلية أو يملي الكاتب لأنه إن حلاها الكاتب لا يجد القاضي بداً من أن ينظر إليها فيكون فيه نظر رجلين وفيما ذكرنا نظر رجل واحد فكان أولى. وهل يشترط شهادة الزائد على عدلين في أنها فلانة بنت فلان أم لا؟ قال الإمام: لا بد من شهادة جماعة على أنا فلانة بنت فلان. وقالا: شهادة عدلين تكفي وعليه الفتوى لأنه أيسر ا هـ. وهو ظاهر إلا قوله إن النسبة إلى الفخذ لا تكفي عن الجد ففي الهداية: ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف على ظاهر الرواية، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى ا هـ. وكذا تمثيله في البزازية للفخذ بتميمي غير صحيح لما علمته آنفاً. وفي خزانة المفتين: ولو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه قيل يكفي، والصحيح أنه لا يكفي؛ فإذا قضى قاض بدون ذكر الجد ينفذ. وفي فتاوى قاضيخان: وإن حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج إلى ذكر الجد، وإن كان لا يحصل إلا بذكر الجد لا يكفي. والمدينة والقرية والكورة ليست بسبب للتعريف ولا تقع المعرفة بالإضافة إليها وإن دامت، فإذا كان الرجل يعرف باسمه واسم أبيه وجده لا يحتاج إلى اللقب، وإن كان لا يحصل إلا بذكر اللقب بأن كان يشاركه في المصر غيره في ذللك الاسم واللقب كما في أحمد بن

قوله: **(والصحيح أن النسبة الخ)** سيأتي رده قوله: **(وهل يشترط شهادة الزائد على العدلين في أنها فلانة الخ)** قال الرملي قال الطرابلسي في معين الحكام: ولو عرفها رجلان وقالا نشهد أنها فلانة بنت فلان حل للشاهد أن يشهد وفاقاً لأن في لفظ الشهادة من التأكيد ما ليس في لفظ الخبر لأنه يمين بالله تعالى معنى ولو كان بلفظ الخبر. وإنما يجوز عند أبي حنيفة لو أخبر جماعة لا يمكن تواطؤهم على الكذب، وعندهما لو أخبره عدلان أنها فلانة بنت فلان بن فلان يحل له الشهادة اهـ. فانظر ما بينه وبين ما هنا من المخالفة. وقدم في شرح قوله «وله أن يشهد بما سمع أو رأى» عن الفتاوى الصغرى ما يوافق ما ذكره هنا فتأمل. والذي يظهر أن ما في معين الحكام هو المعتبر لما ذكره

....

محمد بن عمر فهذا لا يقع التعريف به لأن في ذلك المصر يشاركه غيره، فالحاصل أن المعتبر إنما هو حاصل المعرفة وارتفاع الاشتراك ا هـ. وفي إيضاح الإصلاح: وفي العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ لأنهم ضيعوا أنسابهم.

قوله: **(ومن أقر أنه شهد زوراً يشهر ولا يعزر)** أي لا يضرب. وقالا: يضرب ويحبس لأن عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه، ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد، وليس فيها حد مقدر فيعزر. وله أن شريحاً كان يشهره ولا يضربه ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به، والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعاً عن الرجوع فوجب التخفيف نظراً إلى هذا الوجه، وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم. وفي السراجية: الفتوى على قوله. ورجح في فتح القدير قولهما وقال: إنه الحق. أطلق من أقر فشمل الرجل والمرأة. قال في كافي الحاكم: والرجال والنساء في شهادة الزور سواء. وقيد بإقراره لأنه لا يحكم به إلا بإقراره. وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت واحد فيجيء حياً؛ كذا في فتح القدير. وظاهره أنه يشهر أيضاً فيه. وخرج ما إذا ردت شهادته لتهمته أو لمخالفته بين الشهادة والدعوى أو بين شهادتين فإنه لا يعزر لأنا لا ندري من هو الكاذب منهم المشهود له أو الشاهدان أو أحدهما، وقد يكذب المدعي لينسب الشاهد إلى الكذب ولا يمكن إثباته بالبينة لأنه من باب النفي والبينة حجة الإثبات في إقراره على نفسه فيقبل إقراره ويجب عليه موجبه من الضمان أو التعزير؛ ذكره الشارح. وبه علم أنه لا يمكن إثبات الزور بالبينة. وفي كافي الحاكم: ومن التهاتر أن يشهدا أن هذا الشيء لم يكن لفلان فهذا مما لا يقبل، وكذا لو شهدا أنه لم يكن لفلان على فلان دين ومن شهد أن هذا لم يكن فقد شهد بالباطل والحاكم يعلم أنه كاذب ا هـ. وظاهره أنه من قبيل الزور فيعزر فعلى هذا يعزر بإقراره أو بتيقن كذبه. وإنما لم يذكره المؤلف إما لندرته وإما لأنه لا محيص له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم فجعل كأنه قال ذلك؛ كذا في البناية.

من العلة تأمل قوله: **(وفي خزانة المفتين الخ)** قال في الفتح: ولا يخفى أن ليس المقصود من التعريف أن ينسب إلى أن يعرفه القاضي لأنه قد لا يعرفه ولو نسبه إلى مائة جد وإلى صناعته ومحلته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك فإنه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما، فما ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفى لذلك الأوجه منه ما نقل في الفصول من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء غير أنهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد أو لا.

قوله: **(وقيد بإقراره الخ)** قال الرملي: الذي يقتضيه التحقيق ما سيأتي أنه يحكم به في كل ما

....

وجعل في إيضاح الإصلاح نظير مسألة ظهوره حياً بعد الشهادة بموته أو قتله ما إذا شهدوا برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوماً وليس في السماء علة ولم يروا الهلال. والزور في اللغة الكذب كما في المصباح، وفي القاموس الزور بالضم الكذب والشرك بالله تعالى، وأعياد اليهود والنصارى، والرئيس، ومجلس الغناء، وما يعبد من دون الله تعالى، والقوة، وهذه وفاق بين لغة العرب والفرس، ونهر يصب في دجلة والرأي والعقل والباطل إلى آخره. وذكر القاضي في تفسير قوله تعالى ﴿والذين لا يشهدون الزور﴾ [الفرقان: ٧٢] لا يقيمون الشهادة الباطلة أو لا يحضرون محاضر الكذب فإن مشاهدة الباطل شركة فيه ا هـ. وعند الفقهاء الشهادة الباطلة عمداً. وفي فتح القدير: ولو قال غلطت أو ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم ا هـ. ويخالفه ما ذكره الشارح فإنه جعلهما كنسيت فلا تعزير وهو الظاهر. والتشهير في اللغة من شهره بالتشديد يد رفعه على الناس كما في القاموس، أو أبرزه كما في المصباح. وعند الفقهاء كما في الهداية ما نقل عن شريح أنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقياً وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا أو يقول إن شريحاً يقرئكم السلام ويقول إنا وجدنا هذا شاهد الزور فاحذروه وحذروه الناس ا هـ. وبعثه مع أعوانه أعم من أن يكون ماشياً أو راكباً ولو على بقرة كما يفعل الآن. وأما التسخيم فقال في المصباح: السخام وزان غراب سواد القدر، وسخم الرجل وجهه سوده بالسخام وسخم الله وجهه كناية عن المقت والغضب ا هـ. وقدمنا في دليلهما أن عمر رضي الله عنه سخم وجهه وأن الإمام حمله على السياسة وهو تأويل شمس الأئمة، وأوله شيخ الإسلام بالتخجيل بالتفضيح والتشهير فإن الخجل يسمى سواداً مجازاً قال الله تعالى ﴿وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسوداً﴾ [النحل: ٥٨] كذا في البناية. وظاهر كلامهم أن للقاضي أن يسخم وجهه إذا رآه سياسة. وفي فتح القدير معزياً إلى المغني: ولا يسخم

يتيقن به كذبه تأمل قوله: **(وزاد شيخ الإسلام الخ)** قال الرملي: قد جوزوا الشهادة بالموت لمن سمع من ثقة موته إذا أخبره به فكيف يحكم به معه؟ وقد يقال لما جزم بالشهادة بالموت وظهر حياً قطع بكذبه فكان ينبغي أن لا يجزم بل يقول أخبرني فلان أو سمعت من الناس أو اشتهر عندي ذلك ونحوه ففي مثل ذلك ينبغي أن لا يحكم به فلا يشهر ولا يعزر تأمل. قوله: **(وبه علم أنه لا يمكن إثبات الزور بالبينة الخ)** قال الرملي قال في فصول العمادي: شهدا أن لفلان على هذا الرجل ألف درهم فقضى القاضي بشهادتهما وأمر المدعى عليه بدفع المال وهو الألف إلى المدعي ثم أقام المدعى عليه البينة على البراءة فإن الشاهدين يضمنان والمدعى عليه بالخيار في تضمين المدعي أو الشاهدين لأنهما حققا عليه إيجاب المال في الحال، فإذا أقام البينة على البراءة فقد ظهر كذبهما فصارا ضامنين فغرما اهـ. وظاهره أن الشاهد يكون شاهد زور إلا أن يحمل ظهور الكذب بالنسبة إلى المال لا إلى التعزير والله تعالى أعلم؛ ذكره الغزي قوله: **(وظاهر كلامهم أن للقاضي أن يسخم وجهه إذا رآه**

باب الرجوع عن الشهادة

ولا يصح الرجوع إلا عند القاضي فإن رجعا قبل حكمه لم يقض بها وبعده لم

وجهه بالخاء والحاء وإنما فسر قوله لا يعزر بلا يضرب لأن التشهير تعزير. والحاصل الاتفاق على تعزيره غير أنه اكتفى بتشهير حاله في الأسواق وقد يكون ذلك أشد من ضربه خفية، وهما أضافا إلى ذلك الضرب كما في فتح القدير. وأطلق في تشهيره فشمل الأحوال كلها، وقيده الإمام الحاكم أبو محمد الكاتب بأن لا يعلم رجوعه بأي سبب كان فهو على الاختلاف، أما إن رجع تائباً نادماً لم يعزر إجماعاً، وإن رجع مصراً على ما كان فإنه يعزر إجماعاً أي يضرب. وذكر شمس الأئمة أن التشهير قولهما أيضاً فهما يقولان بالتشهير والضرب والحبس والكل مفوض إلى رأي القاضي. واختلفوا في قبول شهادته إذا تاب قالوا: إن كان فاسقاً تقبل لأن الحامل له عليها فسقه فإن تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق، وإن كان عدلاً أو مستوراً لا تقبل أبداً، وعن أبي يوسف قبولها وبه يفتى. واختلفوا في مقدار مدة توبته والصحيح التفويض إلى رأي القاضي ا هـ. والله أعلم.

باب الرجوع عن الشهادة

مناسبته لشهادة الزور ظاهرة وهو أن الرجوع لا يكون غالباً إلا لتقدمها عمداً أو خطأ. وترجم له بالباب مخلفاً للهداية المترجم بكتاب إذ ليس له أبواب متعددة، وهو وإن كان رفعاً للشهادة لكنه داخل تحتها كدخول النواقض في الطهارة. والكلام فيه في مواضع: الأول في معناه لغة. قال في المصباح: رجع من سفره وعن الأمر يرجع رجوعاً ورجعاً ورجعى ومرجعاً. قال ابن السكيت: هو نقيض الذهاب ا هـ. الثاني في معناه اصطلاحاً فهو نفي ما أثبته؛ كذا في المحيط. والثالث في ركنه وهو قول الشاهد رجعت عما شهدت به أو شهدت

سياسة) قدم في كتاب الحدود أن القاضي ليس له الحكم بالسياسة بل الحكم بها للإمام، وليس فيما ذكره هنا دليل عليه بل ما قدمه من أن عمر رضي الله عنه فعله يدل على ما ذكره في كتاب الحدود؛ قاله بعض الفضلاء.

قوله: **(واختلفوا في مقدار مدة توبته)** تقدم قبيل قوله «والأقلف» نقلاً عن الخلاصة: لو كان عدلاً فشهد بزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة تأمل.

باب الرجوع عن الشهادة

قوله: **(وترجم له بالباب مخالفاً للهداية)** أقول: يوجد في بعض النسخ الترجمة بالكتاب موافقاً للهداية، ووجهه أن تحته أبواباً متعددة لكن المصنف ذكر بعضها وإن لم يصرح بالباب أو الفصل وترك

....

بزور فيما شهدت به أو كذبت في شهادتي فلو أنكرها لم يكن رجوعاً كما في خزانة المفتين. الرابع في شرطه مجلس القاضي فلا يصح الرجوع في غيره، وفائدته عدم قبول البينة على رجوعه وعدم استحلافه إذا أنكر كما سيأتي. الخامس في صفته قال في العناية: إنه أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لأن فيه خلاصاً من عقاب الكبيرة ا هـ. وذكر الشارح أن شهادة الزور وكتمان الشهادة بالحق سواء فإذا شهد بزور عمداً أو خطأ وجبت عليه التوبة، وهي لا تصح إلا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الاستحياء من المخلوقين وفيه تدارك ما أتلف بالزور ا هـ. السادس في حكمه وهو شيئان: أحدهما يرجع إلى ماله، والآخر إلى نفسه، فالأول وجوب الضمان ويحتاج إلى بيان ثلاثة: سببه وشرائطه ومقداره. فسببه إتلاف المال أو النفس بها فإن وقعت إتلافاً انعقدت سبباً لوجوب الضمان وإلا فلا تنزيلاً للسبب منزلة المباشرة وسيأتي بيانه مفصلاً. وشرطه كونه بعد القضاء ومجلس القضاء وكون المتلف بها عيناً فلا ضمان لو رجع عن منفعة كالنكاح بعد الدخول ومنفعة دار شهدا على المؤجر للمستأجر بإجارتها بأقل من أجر مثلها ثم رجعا، وأن يكون الإتلاف بغير عوض لأنه بعوض إتلاف صورة لا معنى، وقدر الواجب على قدر الإتلاف لأنه السبب، والحكم يتقدر بقدر العلة. وأما ما يرجع إلى نفسه فنوعان: وجوب الحد في شهادة الزنا سواء كان قبل القضاء أو بعده للقذف منهم ولو بعد الإمضاء رجماً كان أو جلداً خلافاً لزفر في الرجم، ووجوب الضمان وهو الدية عليهم إن رجعوا بعد الرجم لا بعد الجلد وإن مات منه. والثاني وجوب التعزير عليه سوى شهادة الزنا إن تعمد الشهادة بالزور فظهر عند القاضي بإقراره؛ كذا في البدائع. فلا ضمان لو أتلفا حقاً من الحقوق كالعفو عن القصاص لو شهدا به ثم رجعا أو الرجعة أو تسليم الشفعة أو إسقاط خيار من الخيارات؛ كذا في النتف. ولا فرق في وجوب التعزير بين كونه قبل القضاء أو بعده. وفي فتح القدير: ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر في أنه توبه عن تعمد الزور إن تعمده والتهور والعجلة إن كان أخطأ فيه، ولا تعزير على التوبة ولا عن ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر ا هـ. قلت: إن رجوعه قد يكون لقصد إتلاف الحق ولجواز كون المشهود عليه غره بمال لا لما ذكره ولكنه خاص بما قبل القضاء، وأما بعده فقد يظن بجهله أنه إتلاف على المشهود له مع أنه إتلاف لماله بالغرامة.

قوله: **(ولا يصح الرجوع إلا عند القاضي)** لأنه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من مجلس القاضي، ولأن الرجوع توبة وهي على حسب الجناية فالسر بالسر

بعضاً كما سيذكره المؤلف وشأن المتون الاختصار، ولذا ترجم في التتارخانية بالكتاب وذكر تحته ستة عشر فصلاً ساقها على نسق، وبه اندفع ما وجه به كلام المصنف مشيراً به إلى الاعتراض على الهداية

قوله: **(التعزيز)** المراد بالتعزير التشهير.

....

والإعلان بالإعلان. أطلقه فشمل القاضي المشهود عنده وغيره فإذا لم يصح الرجوع عند غير القاضي ولو شرطياً ـ كما في فتح القدير ـ وادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بينته عليهما لأنه ادعى رجوعاً باطلاً حتى لو أقام بينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لأن السبب صحيح، ولو أقر عند القاضي أنه رجع عند غير القاضي فإنه صحيح وإن أقر برجوع باطل لأنه يجعل إنشاء للحال. وفي خزانة المفتين: إذا رجعا عن شهادتهما وأشهدا بمال على أنفسهما لأجل الرجوع ثم جحدا ذلك فشهد عليهم الشهود بالمال من قبل الرجوع والضمان لا تقبل إذا تصادقا عند القاضي أن الإقرار بهذا السبب فالقاضي لا يلزمهما الضمان. وفي المحيط: ولو ادعى رجوعهما عند القاضي ولم يدع القضاء بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة ولا يحلف عليه لأن الرجوع لا يصح ولا يصير موجباً للضمان إلا باتصال القضاء به كالشهادة اهـ قوله: **(فإن رجعا قبل حكمه لم يقض بها)** لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض، وقدمنا أنه يعزر قبل الحكم أيضاً. أطلقه فشمل ما لو رجعا عن بعضها كما لو شهدا بدار وبنائها أو بأتان وولدها ثم رجعا في البناء والولد لم يقض بالأصل كما في جامع الفصولين معللاً بأن الشاهد فسق نفسه وشهادة الفاسق ترد. وفي منية المفتي: شهدا على رجل فلم يقض بشهادتهما حتى شهد رجلان عليهما أنهما رجعا عن تلك الشهادة، فإن كان اللذان أخبرا عنهما بالرجوع يعرفهما القاضي ويعدلهما وقف الأمر ولم ينفذ شهادتهما. شهد أنه سرق من هذا ثم قالا غلطنا أو وهمنا بل سرق من هذا لم يقض بها أصلاً لأنهما أقرا بالغفلة. شهد الرجل ثم زادا فيها قبل القضاء بها أو بعده وقالا أوهمنا إن كانا عدلين غير متهمين قبل ذلك منهما اهـ. وشمل ما إذا شهدا بطلاقها ثم تزوجت فرجع أحدهما لم يفرق بينهما وبين زوجها، واختلفوا فيما إذا تزوجها أحدهما ثم رجع ففي الكافي للحاكم أن الشعبي لم يفرق بينهما وبه كان يأخذ أبو حنيفة. وقال محمد: لا يصدق على إبطال شهادته الأولى ولكنه يصدق في حق نفسه، فإن كان تزوجها فرق بينهما ورجع أبو يوسف إلى هذا القول بعد ذلك اهـ. وقد أفاد قوله «لم ينقض» أن المشهود له وعليه يعملان بمقتضاه وإن علما أن الشهود زور فلو شهدا عليه بالطلاق الثلاث وقضى به ثم رجعا والزوج يعلم أنهما كاذبان لم يسعه أن يقربها؛ كذا في

قوله: **(لأن الرجوع لا يصح ولا يصير موجباً للضمان إلا باتصال القضاء به)** قال في الفتح: وزاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال، وإليه أشار المصنف ونقل هذا عن شيخ الإسلام، واستبعد بعض من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع أو بالضمان، وترك بعض المتأخرين من مصنفي الفتاوى هذا القيد وذكر أنه إنما تركه تعويلاً على هذا الاستبعاد قوله: **(وشمل ما إذا شهدا بطلاقها إلى آخر القولة)** مقدم عن محله وحقه أن يكتب في آخر

ينقض وضمنا ما أتلفاه للمشهود عليه إذا قبض المدعي المال فإن رجع أحدهما ضمن

الكافي للحاكم. وقيد بالرجوع لأنه لو ظهر أن الشاهد عبد أو محدود في قذف يبطل القضاء ويرد المال إلى المقضى له؛ كذا في كافي الحاكم.

قوله: **(وبعده لا ينقض)** أي إن رجعا بعد الحكم لم ينقض القضاء لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض، ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به. أطلقه فشمل ما إذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ما شهد في العدالة أو دونه أو أفضل وهكذا لم يقيد في أكثر الكتب متوناً وشروحاً وفتاوى. وفي خزانة المفتين معزياً إلى المحيط: إن كان الرجوع بعد القضاء ينظر إلى حال الراجع، فإن كان حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الشهادة في العدالة صح رجوعه في حق نفسه وفي حق غيره حتى وجب عليه التعزير وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه، وإن كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة في العدالة أو دونه وجب عليه التعزير ولا ينقض القضاء، ولا يرد المشهود به على المشهود عليه، ولا يجب الضمان على الشاهد ا هـ. وهو غير صحيح عن أهل المذهب لمخالفته ما نقلوه من وجوب الضمان على الشاهد إذا رجع بعد الحكم، وفي هذا التفصيل عدم تضمينه مطلقاً مع أنه في نقله مناقض لأنه قال أول الباب بالضمان موافقاً للمذهب. ثم كشفت المحيط للإمام رضي الدين السرخسي الموجود في ديارنا فوجدته وافق الجماعة من غير تفصيل، فهو وإن احتمل أن يكون في المحيط البرهاني لكن القول به لا يصح عن المذهب فإنهم نقلوا عدم الضمان عن الشافعي. ثم رأيت بعد ذلك في فتح القدير أن هذا قول أبي حنيفة الأول وهو قول شيخه حماد ثم رجع عنه إلى أنه لا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضى عليه على كل حال، ثم رأيته في الكافي للحاكم الشهيد قوله: **(وضمنا ما أتلفاه للمشهود عليه إذا قبض المدعي المال)** لأن التسبب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد وجد سبب الإتلاف تعدياً وقد تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالملجأ إلى القضاء، وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبب. وفي المحيط: رجع الشاهدان في المرض وعليهما دين الصحة وماتا بدئ بدين الصحة لأن ما وجب عليهما بالرجوع في المرض دين المريض لأنه وجب بإقرارهما في المرض ا هـ. وإنما قيد بالقبض لأن الإتلاف به

المقولة الآتية وقد رأيته في بعض النسخ كذلك قوله: **(ثم رأيت بعد ذلك في فتح القدير الخ)** وهكذا قال في البزازية ثم رجع إلى قولهما وعليه استقر المذهب اهـ. ومثله في التتارخانية برمز المحيط فإنه نقل عنه أن أبا حنيفة كان يقول كذا وساق التفصيل ثم قال: ثم رجع عن هذا القول وقال: لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال وهو قولهما. والظاهر أن المراد به المحيط البرهاني لما ذكر المؤلف أن ما في المحيط السرخسي ليس فيه التفصيل.

....

يتحقق ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين، وقد تبع المصنف صاحب الهداية في تقييده تبعاً للإمام السرخسي وصاحب المجمع وأصحاب الفتاوى في إطلاقهم، فقد صرح في الخلاصة والبزازية وخزانة المفتين بالضمان بعد القضاء قبض المدعي بالمال أو لا قالوا: وعليه الفتوى. وفي الخلاصة إنه قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما ا هـ. وظاهره أنه اشتراط القبض مرجوع عنه. وفرق في المحيط بين العين والدين فقال: شهدا بعين ثم رجعا ضمناً قيمتها قبضها المشهود له أم لا، لأن ضمان الرجوع ضمان إتلاف وضمان الإتلاف مقدر بالمثل إن كان المشهود به مثلياً، وبالقيمة إن لم يكن مثلياً. وإن كان المشهود به ديناً فرجع الشهود قبل قبضه لا يضمنون، وإن قبضه المشهود له ثم رجعا ضمناً لأنهما أوجبا عليه ديناً فيجب في ذمتهما مثل ذلك، ولا يستوفى منهما إلا بعد قبض المشهود به تحقيقاً للمعادلة ا هـ. وهذا قول شيخ الإسلام. وشمل أيضاً قوله ما أتلفاه خمر الذمي وخنزيره لكن في كافي الحاكم: وإذا شهد الذميان لذمي بمال أو خمر أو خنزير فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمناً المال وقيمة الخنزير ولا يضمنان الخمر ولا قيمته في قول أبي يوسف، ويضمنان قيمة الخمر في قول محمد، ولو لم يسلم الشاهدان وأسلم المشهود عليه ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة الخنزير ولم يضمنا قيمة الخمر ا هـ.

قوله: **(وصاحب المجمع وأصحاب الفتاوى في إطلاقهم)** كذا في النسخة وهي عبارة غير محررة لأن صاحب المجمع قال في شرحه هذا إذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً وأصحاب الفتاوى لم يقيدوا قوله: **(وفي الخلاصة أنه قول أبي حنيفة الآخر)** أقول: عبارة الخلاصة هكذا: الشاهدان إذا رجعا عن شهادتهما رجوعاً معتبراً يعني عند القاضي لا يبطل القضاء لكن ضمنا المال الذي شهدا به، وهذا قوله الآخر وهو قولهما وعليه الفتوى، سواء قبض المقضى له المال الذي قضى له أو لم يقبض انتهت. فقوله «وهو قوله الآخر» ليس نصاً في رجوعه إلى الإطلاق وإلا لأخره، والذي يظهر لي أنه أراد بقوله الآخر الضمان بالرجوع مطلقاً أي سواء كان الشاهد كحاله الأول في العدالة أو لا، فيكون إشارة إلى ما تقدم الكلام فيه في القولة السابقة يقر به ما في الفتح حيث قال: واعلم أن الشافعية اختلفوا في هذه المسألة والصحيح عند الإمام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كمذهبنا، والقول الآخر لا ينقض ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبي حنيفة الأول إذا كان حالهما وقت الرجوع مثله وقت الأداء اهـ. وفي الولوالجية: ثم إذا صح الرجوع لا يبطل القضاء ولكن يضمنان المال الذي شهدا له به وهو قولهما وقول أبي حنيفة الآخر اهـ. فهذه العبارة تؤيد ما قلنا، ولو سلم أنه أراد رجوع الإمام عن التقييد بالقبض فنقول: لو صح لم يمش على خلافه أصحاب المتون وغيرهم كالهداية والمختار والوقاية والغرر والإصلاح والكنز والملتقى ومواهب الرحمن، فكلهم قيدوا بالقبض وجزم به صاحب المجمع كما قدمناه والحدادي في الجوهرة، ولو صح نقل الرجوع لذكره شراح الهداية فإنهم اقتصروا على شرح ماذكره الماتن ونقلوا

....

ثم اعلم أن تضمين الشاهد لم ينحصر في رجوعه لما في تلقيح المحبوبي المعبر عنه تارة بفروق الكرابيسي: شهد شاهدان على رجل أن فلاناً أقرضه ألف درهم وقضى القاضي بها ثم أقام المقضي عليه بينة على الدفع قبل القضاء يأمر القاضي برد الألف إليه ولا يضمن الشهود، ولو شهدوا أن له عليه ألف درهم وقضى القاضي بذلك وأخذ الألف ثم أقام المقضى عليه البينة على البراءة قبل القضاء يضمن الشهود. ووجه الفرق أن في الوجه الأول لم يظهر كذبهم لجواز أنه أقرضه ثم أبرأه، وفي الوجه الثاني ظهر كذبهم لأنهم شهدوا عليه بالألف في الحال وقد تبين كذبهم فصاروا متلفين عليه، ألا ترى أنه لو قال امرأته طالق إن كان لفلان عليه شيء فشهد الشهود أنه أقرضه ألفاً يحكم بالمال ولا يحكم بالوقوع، ولو شهدا أن عليه ألفاً حكم بالمال والوقوع جميعاً تبين بهذا أن الشهادة على الإقراض ليست شهادة على قيام الحق للحال والشهادة بالدين مطلقاً شهادة على الحق في الحال ا هـ. فقد علم تضمينهما بظهور كذبهما من غير رجوع فتضمينهما إذا تيقن كذبهما بالأولى ولذا قال في تلخيص الجامع في باب بطلان الشهادة؛ أخذ الدية ثم جاء المشهود بقتله حياً ضمن الولي للقبض ظلماً ولا يرجع لسلامة بدله أو الشاهد للإلجاء كمكره ويرجع بما أخذ الولي لملكه ذلك، وكذا لو اقتص لكن لا يرجع عنده إذ ليس للدم مالية تملك بخلاف المدبر ولهذا في عتقه يضمن الشاهد والمكره

القول الآخر من غير ترجيح ولا ذكر رجوع، وأنت على علم بأن ما أثبته أرباب المتون في متونهم مختار لهم لأن المتون موضوعة لنقل المذهب، ومما هو مقرر مشتهر أن ما في المتون مقدم على ما في الشروح، وما في الشروح مقدم على ما في الفتاوى، فكيف لا يقدم ما في المتون والشروح على ما في الفتاوى؟ وحينئذ فما كان ينبغي للتمرتاشي أن يجزم بما في الفتاوى في متن التنوير ويعدل عما عليه المتون قوله: **(ثم اعلم أن تضمين الشاهد الخ)** جعل لذلك أصلاً العلامة ابن الشحنة في لسان الحكام حيث قال: دقيقة في إيجاب الضمان على الشاهدين الشاهدان متى ما ذكرا شيئاً هو لازم للقضاء ثم ظهر بخلافه ضمنا، ومتى ما ذكرا شيئاً لا يحتاج إليه القضاء ثم تبين بخلاف ما قالا لا يضمنان شيئاً حتى إن مولى الموالاة إذا مات وادعى رجل ميراثه بسبب الموالاة فشهد شاهدان أن هذا الرجل مولى هذا الذي أسلم والاه وعاقده وأنه وراثه لا نعلم له وارثاً غيره فقضى له القاضي بميراثه فاستهلكه وهو معسر، ثم إن رجلاً آخر أقام البينة أنه كان نقض الولاء الأول ووالي هذا الثاني وأنه توفي وهذا الثاني مولاه ووراثه لا وارث له غيره فالقاضي يقضي بالميراث للثاني، فيكون الثاني بالخيار إن شاء ضمن الشاهدين الأولين، وإن شاء ضمن المشهود له الأول لأنه ظهر كذب الشاهدين الأولين فيما للحكم به تعلق وبيان ذلك في مسألة الولاء. قولهما هو وارثه لا وارث له غيره أمر لا بد منه للقضاء له بالميراث فإنهم إذا شهدوا بأصل الولاء ولم يقولوا إنه وارثه فالقاضي لا يقضى له بالميراث، وإنما أخذ الأول الميراث بقول الشاهدين الأولين أنه مولاه ووارثه اليوم وقد ظهر كذبهما فضمنا بخلاف مسألة الشهادة بالنكاح فإنهما إذا شهدا أنه مات وهي امرأته لأن قولهما مات وهي امرأته

....

وفي العفو لا. ولو شهد على الإقرار أو الشهادة ضمن الولي لما مر دون الشاهد لأنه لم يظهر كذبه إذ لا تنافي بخلاف الأول، ولهذا لو ثبت الإبراء ضمن شاهد الدين دون الإقراض. ولو قال إن كان له علي حنث في الأول دون الثاني كما لو وجد المشهود بنكاحها أماً والشاهد عبداً أو مجلوداً في قذف ا هـ. وبهذا علمت أن فرع الكرابيسي منقول في التلخيص، واندفع الإيراد على القول بالتضمين إذا ظهر كذبه بما لو وجد المشهود بنكاحها أما أو أختاً فإنه ظهر الكذب ولا ضمان، وشمل أيضاً ما أتلفاه العقار فيضمنه الشاهد برجوعه كما في خزانة المفتين، فهو وإن كان لا يضمن بالغصب عندهما خلافاً لمحمد يضمن بالإتلاف وهذا منه. وفي جامع صدر الدين: ادعى عبداً في يده ملكاً وقضى به فادعاه آخر وقضى له وادعاه آخر وقضى له ثم رجعوا ضمن كل فريق لمن شهد عليه. قال محمد: ولا يشبه الوصية يعني لا يضمن للورثة لاتحاد المقضى عليه بخلاف الملك[1] دليله وجد شهود الأول عبداً يرد عليه في الملك دون الوصية وتمامه فيه. وشمل كل المشهود به أو بعضه فلذا قال في جامع الفصولين عند محمد شهدا له بدار وحكم له ثم قالا لا ندري لمن البناء فإني لا أضمنهما قيمة البناء للمشهود عليه كأنهما قالا قد شككنا في شهادتنا، ولو قالا ليس البناء للمدعي أضمنهما قيمة البناء. وعن أبي يوسف شهدا له بدار فقالا قبل الحكم إنما شهدنا بالعرصة أقبل شهادتهما على ذلك ولم يكن هذا رجوعاً، ولو قالاه بعد الحكم أضمنهما قيمة البناء ا هـ. ثم اعلم أن الضمان عنهما يسقط بأشياء: الأول ضمنهما نصف المهر ثم أقر به رده إليهما. الثاني ضمنهما قيمة العبد ثم أقر بالإعتاق رده. الثالث ضمنهما قيمة العين ثم وهبها المشهود له للمشهود عليه ردها إليهما. الرابع رجع الواهب في هبته بقضاء بعد ما ضمن الشاهدين رد الضمان. الخامس ورثه المقضى عليه رد الضمان بخلاف ما لو اشتراه الكل من العتابية. وشمل قوله أيضاً ما أتلفاه جميع الأبواب إلا أن المصنف ذكر بعضها وفاته البعض فذكر الدين والنكاح والبيع والطلاق والعتاق والقصاص وشهود الفرع والمزكي وشاهد اليمين، وسنشرح كل واحد منها. وقد فاته الهبة والإبراء والاستيفاء والتأجيل والحد والنسب والولاء والكتابة والتدبير وأمومة الولد والإقالة والوكالة والرهن والإجارة والمضاربة والشركة والشفعة والميراث والوصية والوديعة والعارية.

أما الهبة ففي المحيط: شهدوا أنه وهب عبده من فلان وقبضه ثم رجعا بعد القضاء ضمنا قيمة العبد وحق الرجوع لا يمنع التضمين، فإن ضمنهما القيمة لم يرجع فيها لوصول

زيادة غير محتاج إليها فإنهما لو قالا كانت امرأته فإن القاضي يقضي لها بالميراث فصار وجود هذه الزيادة والعدم بمنزلة، ولو انعدمت هذه الزيادة لكان لا يجب عليهما شيء لأنهما شهدا بنكاح كان ولم يظهر كذبهما في ذلك ثم ذكر مسألة الفروق.

....

العوض ولا يرجع الشاهدان فيها، ولو كان أبيض العين يوم شهدا بالهبة ثم رجعا والبياض زائل ضمنا قيمته أبيض لاعتبار القيمة يوم القضاء ا هـ. وأما الإبراء والتأجيل ففي المحيط: شهدا أنه أبرأه عن الدين أو أجله سنة أو أوفاه فقضى به ثم رجعا ضمنا، ولو شهدا أنه أجله سنة فقضى بها ثم رجعا قبل الحلول أو بعده ضمنا ورجعا به على المطلوب إلى أجله ويبرأ الشاهدان بقبض الطالب الدين بعد مضي الأجل من المطلوب، فإن ضمنا رجعا به على المطلوب إلى أجله وقاما مقام الطالب، فإن نوى ما على المطلوب فمن مالهما، ولو أسقط المديون الأجل لم يضمنا، ولو شهدا أن له على آخر ألفاً وآخران أنه أبرأه ثم رجعوا كلف مدعي الألف إقامة البينة ثانياً وخصمه في دلك شهود براءة الدين رجعوا فيضمنها الألف، ولا تصح إقامة البينة على الدين إلا بحضرة الشهود لا بحضرة المدعى عليه ولا يرجعان على المشهود له بالبراءة ا هـ. وفي العتابية: شهدوا على أنه أبرأه من الديون ثم مات الغريم مفلساً ثم رجعا لم يضمنا للطالب لأنه توى ما عليه بالإفلاس ا هـ. وأما الحد فسنذكره مع القصاص، وأما النسب والولاء والكتابة وأخواها فمع العتق، وأما الإقالة فمع البيع، وأما الوكالة ففي المحيط: شهدا أنه وكله بقبض دينه من فلان أو وديعته فقبضه وأنكر الموكل ثم رجعا لم يضمنا لأن الشاهد سبب لتفويت إمكان القبض على الموكل والوكيل باشر تفويته فيكون الضمان على المباشر. وفي العتابية: ولا ضمان على شهود التوكيل بالإعتاق ولا على شهود التفويض ولا على شهود التوكيل بقبض الدين ا هـ. وأما الرهن ففي المحيط: ادعى من له ألف على آخر أنه رهنه عبداً بها قيمته ألف والمطلوب مقر بالدين وشهدا بالرهن ثم رجعا لم يضمنا لأنهما أزالا بعوض، ولو كان فيه فضل على الدين لم يضمنا ما دام العبد حياً، فإن مات في يد المرتهن ضمنا الفضل على الدين، ولو ادعى الراهن الرهن وأنكر المرتهن لم يضمنا الفضل ويضمنان قدر الدين للمرتهن، وإن رجعا عن الرهن دون التسليم بأن قالا سلم إليه هذا العبد وما رهنه لا يضمنان ا هـ. وأما الإجارة ففي المحيط: ركب بعير الرجل إلى مكة

قوله: **(وأما النسب والولاء والكتابة وأخواها فمع العتق)** أي فسنذكرها مع العتق الآتي في كلام المتن والمراد بأخوي الكتابة التدبير والاستيلاد وكأنه رحمه الله تعالى نسي فلم يذكر شيئاً من أحكام النسب والولاء مستقلاً بل ذكر الثلاثة فقط، ولعله اكتفاء بما تضمنته من الولاء والنسب. وفي الولوالجية: ولو ادعى رجل أنه ابن رجل والأب يجحد وأقام البينة أنه ابنه ولد على فراشه فقضي بذلك وأثبت نسبه ثم رجعوا فلا ضمان عليهم، سواء رجعوا في حال حياة الأب أو بعد وفاته، أما في حال حياة الأب فلأنهما لم يشهدا على الأب بالمال وإنما شهدا عليه بالنسب والنسب ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال، وأما بعد وفاته فلأنهم لو ضمنوا ما ورث الابن المشهود له لسائر الورثة ولا يجوز ذلك لأن استحقاق الميراث يضاف إلى موت الأب لا إلى النسب لأن الميراث يستحق

النصف) والعبرة لمن بقي لا لمن رجع فإن شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن وإن رجع

يدعي الإجارة بخمسين وأقام بينة فعطب وادعى صاحب البعير الغصب ثم رجعا ضمنا قيمة البعير يوم عطب إلا مقدار ما أخذ صاحب البعير من الأجر. شهدا أنه أكراه دابته بمائة إلى موضع كذا وأجر مثلها مائتان فركبها ثم رجعا لم يضمنا الفضل إن ادعى المستأجر الإجارة وجحد صاحب الدابة، وإن ادعاها صاحب الإبل وجحد المستأجر ضمنا له ما أداه ما فوق أجر البعير. وأما المضاربة ففي المحيط: ادعى المضارب نصف الربح فشهدا به ورب المال مقر بالثلث ثم رجعا والربح لم يقبض لم يضمنا، فإن قبضاه واقتسماه نصفين ثم رجعا ضمنا سدس الربح؛ قيل هذا في كل ربح حصل قبل رجوعهما، فأما ربح حصل بعد رجوعهما فإن كان رأس المال عرضاً فكذلك، وإن كان نقداً فرب المال يملك فسخها فكان راضياً باستحقاق الربح ا هـ. وأما الشركة ففي المحيط: شهدا أنهما اشتركا ورأس مال كل واحد منهما ألف على أن الربح أثلاث وصاحب الثلث يدعي النصف وربحا قبل الشهادة فاقتسما أثلاثاً ثم رجعا ضمناً لصاحب الثلث ما بين النصف والثلث وما ربحا بعد الشهادة فلا يضمنان عليهما ا هـ. وفي كافي الحاكم في يد رجل مال فشهد الرجل أنه شريكه شركة مفاوضة فقضى له بنصف ما في يديه ثم رجعا ضمنا ذلك النصف للمشهود عليه. وأما الشفعة ففي المحيط: ولو شهدا أن الدار التي في يد الشفيع ملكه فقضى له بالشفعة ثم رجعا لم يضمنا، وإن كان الأول قد بنى فأمره القاضي بنقضه يضمنان قيمة بنائه ولهما النقض ا هـ. وأما الميراث ففي المحيط: شهد الرجل مسلم أن أباه مات مسلماً وعرف كافراً وللميت ابن آخر كافر ثم رجعوا ضمنوا الميراث للكافر الوارث. وأما الوصية ففي المحيط: ادعى رجل أن فلاناً الميت أوصى له بالثلث من كل شيء وأقام البينة فقضى ثم رجعوا ضمنوا جميع الثلث وتمامه فيه. وفي كافي الحاكم: لو شهدا أن الميت أوصى إلى هذا في تركته فقضى القاضي بذلك ثم رجعا فلا ضمان عليهما والضمان على الوصي إن استهلك شيئاً ا هـ. وأما الوديعة والعارية ففي كافي الحاكم: شهدا على رجل بوديعة فجحدها فضمنها إياه القاضي ثم رجعا ضمنا له ما غرم وكذلك العارية ا هـ.

قوله: **(فإن رجع أحدهما ضمن النصف والعبرة لمن بقي لا لمن رجع)** يعني وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق ولا يقال لا يجوز أن يثبت الحكم ببعض العلة فوجب أن لا تبقى به أيضاً لأنا نقول: يجوز أن يبقى الحكم ببعض العلة وإن لم يثبت به ابتداء كالحول المنعقد على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب وإن لم ينعقد به ابتداء. ومن مسائل الجامع الكبير: أربعة

بالنسب والموت جميعاً والموت آخرهما وجوداً، وكل حكم ثبت بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخر الوصفين وجوداً قوله: **(شهدا أنه أكراه دابته بمائة الخ)** كذا في النسخ ولعل الصواب أنه أكراه بمائتين. وقوله «وأجر مثلها مائتان» لعل صوابه مائة فالعبارة مقلوبة كما يظهر بتأمل تمامها.

آخر ضمنا النصف وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت الربع وإن رجعا

شهدوا على آخر بأربعمائة وقضى بها فرجع واحد عن مائة وآخر عن تلك المائة ومائة أخرى والآخر عن تلك المائتين ومائة أخرى فعلى الراجعين خمسون درهماً أثلاثاً لأن الشهادة قائمة بقدر ثلاثمائة وخمسين لأن القائم بقي شاهداً بأربعمائة، والرابع بقي شاهداً بثلاثمائة فبقي على ثلاثمائة حجة كاملة فلا يجب ضمانها على أحد، بقي على المائة الزائدة شاهد واحد وهو القائم على الشهادة فبقي من يقوم به نصف الحق فبقي نصفها، فظهر أن التالف برجوعهم نصف المائة فيجب على الراجعين لاستوائهم في إيجابها، فإن رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة أرباعاً وضمنوا سوى الأول خمسين أيضاً أثلاثاً لأنه بقي على الشهادة من يقوم به مائتان وخمسون؛ كذا في المحيط قوله: **(فإن شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن)** لبقاء من يبقى به كل الحق قوله: **(وإن رجع آخر ضمنا النصف)** أي الأول والثاني لأن لما رجع الأول لم يظهر أثره فلما رجع آخر ظهر أثره لأنهم لم يبق إلا من يقوم به النصف. وفي تلخيص الجامع: لو شهد أربعة بأربعة دراهم وقضى بها ودفعت ثم رجع واحد عن واحد والثاني عن اثنين والثالث عن ثلاثة ضمنوا نصف درهم على كل واحد سدس درهم لبقاء من يبقى به ثلاثة ونصف، ولو رجع الرابع عن الأربعة ضمنوا درهماً ونصفاً على الأول سدس المضمون الأول وهو ربع درهم وعلى كل واحد من الثلاثة ربع درهم وسدس درهم اهـ قوله: **(وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت الربع)** لبقاء ثلاثة أرباع الحق ببقاء رجل وامرأة قوله: **(وإن رجعا ضمنتا النصف)** لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل، ولو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة فعليهما الربع أثلاثاً، وإن رجع رجلان فعليهما النصف وإن رجعت امرأتان فلا شيء عليهما قوله: **(وإن شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمن)** أي الثماني لبقاء النصاب قوله: **(فإن رجعت أخرى ضمن ربعه)** أي التسع لبقاء رجل وامرأة.

قوله: **(فإن رجعوا فالغرم بالأسداس)** أي رجع الرجل والعشر نسوة فالسدس على الرجل وخمسة الأسداس على النسوة وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد. وله أن كل امرأتين مقام رجل واحد للحديث «عدلت شهادة كل اثنين منهن بشهادة رجل واحد» وإن رجعت العشر فقط فعليهن نصف الحق اتفاقاً كما إذا رجع الرجل وحده، ولو رجع معه ثمان فعليه النصف ولا شيء

قوله: **(ضمنوا نصف درهم)** قال الرملي: وجهه كما في تلخيص الجامع أن الحجة تشطرت في درهم إذ ثبت الأول على الثلاثة والرابع على الكل فتأمل قوله: **(ضمنوا درهماً ونصفاً الخ)** قال الرملي: وجهه أنهم اتفقوا جميعاً على الرجوع على الرابع فضمنوه أرباعاً على كل واحد ربع والثالث الأول ثابت عليه بالشهادة وحده فتشطرت الحجة فيه فوجب نصفه على الثلاثة أثلاثاً ولا شيء عليه

ضمنتا النصف وإن شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمن فإن رجعت أخرى ضمن ربعه فإن رجعوا فالغرم بالأسداس وإن شهد رجلان عليه أو عليها بنكاح بقدر

عليهن؛ كذا في المحيط وهو سهو، بل يجب أن يكون النصف أخماساً عنده، وعندهما أنصافاً. وذكر الأسبيجابي: ولو رجع واحد وامرأة كان النصف بينهما أثلاثاً، ولو كان كما في المحيط لم يجب عليها شيء. ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان عليهما دونها، ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف، وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلاثة الأخماس، ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا شيء على المرأة، وعنده عليهما أثلاثاً قوله: **(وإن شهد رجلان عليه أو عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا)** لأنهما أتلفا شيئاً بعوض يقابله والإتلاف بعوض كلا إتلاف قوله: **(وإن زاد عليه ضمناها)** أي الزيادة للزوج لأنهما أتلفاها بلا عوض. وسكت المؤلف عما إذا شهدا بأصل النكاح بأقل من مهر مثلها للإشارة إلى أنهما لا يضمنان ما نقص

فيه لبقائه على الشهادة به فتأمل قوله: **(كذا في المحيط وهو سهو الخ)** هذه عبارة الزيلعي واختصرها بحذف التعليل من كلام المحيط وهو قوله: لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كأنهن لم يشهدن. وفي الشرنبلالية قلت: والذي يظهر لي من كلامه أن ما ذكره صاحب المحيط على قول الصاحبين ولذا علل بما لم يعلل به الإمام بل بما عللا به إذا ما علل به الإمام كما ذكره أن كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد ثم قال: وعدم الاعتداد بكثرتهن عدن انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال كما في الميراث اهـ. وليس في كلام الصاحبين ما يفيد أنه مع قيامهن مقام رجل يقسم عليهن ما ثبت بشهادتهن في حق من رجع منهن فيفرض بقدره وقد بقي منهن من يثبت به نصف الحق كما ذكره الزيلعي بعد هذا بقوله: ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا الخ.

ما ذكره المؤلف هنا ثم قال الشرنبلالي: ومثله في الفتح على أنا لو سلمنا الانقسام عليهن عند الرجوع فالذي يظهر من تعليل قولهما أن الانقسام بحسب عددهن فعليهن أربعة أخماس النصف، وعلى الرجل نصف كامل، ويبقى خمس نصف المال ببقاء المرأتين. والجواب عما ذكره عن الأسبيجابي أنه مشى على قول الإمام لا على قولهما فليتأمل اهـ. قلت: وذكر في الولوالجية نحو ما في المحيط وأشار إلى مخالفة القياس حيث قال: شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال ولم تضمن المرأة شيئاً، وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن يكون النصف أثلاثاً على الرجل والمرأة، أما عندهما النسوة وإن كثرن بمنزلة رجل واحد حالة الانفراد وحالة الاختلاط.

وكان شهد رجلان لا غير فكان الثابت بشهادة النسوة النصف فإذا بقي من يقوم بشهادته النصف منهن لم يكن على الراجعة شيء. وأما عنده فلأن كل ثنتين حالة الاختلاط كرجل واحد، وكل امرأة كنصف رجل كأنه شهد رجلان ونصف من حيث الحكم، فإن رجع رجل وامرأة فكأنه رجع رجل ونصف فالضمان عليهما أثلاثاً اهـ قوله: **(وسكت المؤلف عما إذا شهدا بأصل النكاح**

....

لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف فلا يضمن من المتقوم إذ التضمين يستدعي المماثلة أو للاختلاف؛ ففي المنظومة وشرحها أنهما يضمنان ما نقص عندهما خلافاً لأبي يوسف، وفي الهداية وشروحها أنهما لا يضمنان وهو المعتمد في المذهب. وقيد بكونهما شهدا بالنكاح لأنهما لو شهدا عليها بقبض المهر أو بعضه ثم رجعا بعد القضاء ضمنا لها لأنهما أتلفا عليها مالاً وهو المهر قليلاً كان أو كثيراً دون البضع. وأشار بمهر المثل إلى أن الكلام فيما إذا لم يطلقها أو طلقها بعد الدخول للاحتراز عما إذا طلقها قبل الدخول، وحكمه ما ذكره في المحيط: شهدا أنه تزوجها على ألف وهو مهر مثلها وقال الزوج بغير التسمية فقضى بها ثم طلقها ثم رجعا فعليهما فضل ما بين المتعة إلى خمسمائة، فلو شهد آخران على الدخول ثم رجعوا فعلى شاهدي الدخول خمسمائة خاصة وعليهما وشاهدي التسمية فضل ما بين المتعة والخمسمائة نصفان. ولو شهد آخران على الطلاق وقضى ثم رجعوا فعلى شاهدي الدخول خمسمائة وعليهما شاهدي التسمية ما بين المتعة إلى نصف المهر وعلى الفرق الثلاث قدر المتعة

بأقل من مهر مثلها الخ) اعلم أن الصور ست؛ لأنه إما أن يشهدا بمهر المثل أو بأقل أو بأكثر، وعلى كل فإما أن يشهدا عليه بأن كانت هي المدعية أوعليها بأن كان هو المدعي فصرح المصنف منها بثلاثة وهي ما إذا شهدا بمهر المثل عليه أو عليها، وما إذا شهدا عليه بالأكثر وصرح بالضمان في الثالثة، ويفهم منه أنه لو شهدا عليها بالأكثر لا ضمان، وصرح بعدم الضمان في الأولين ويفهم منه عدمه أيضاً لو شهدا عليه أو عليها بالأقل بطريق أولى. فالحاصل أنه لا ضمان إلا في صورة واحدة وهي ما لو شهدا عليه بالأكثر فيضمنان الزائد على مهر المثل، وفي الخمسة الباقية لا ضمان أصلاً وهذا موافق لما في التتارخانية حيث قال، وفي الزاد: وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما، وكذا لو شهدا بأقل من مهر مثلها، وإن شهدا بأكثر من مهر مثلها ثم رجعا ضمنا الزيادة. وفي المحيط: وإن ادعى رجل على امرأة النكاح وأقام على ذلك بينة والمرأة جاحدة فقضى القاضي عليها بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما لا يضمنان للمرأة شيئاً، سواء كان المسمى مهر المثل أو أكثر أو أقل اهـ. ثم قال: وإذا ادعى رجل على امرأته أنه تزوجها بمائة درهم وقالت المرأة لا بل تزوجني بألف درهم ومهر مثلها ألف درهم فشهد شاهدان أنه تزوجها على مائة درهم فقضى ثم رجعا حال قيام النكاح ذكر أنهما يضمنان للمرأة تسعمائة عندهما، ولا يضمنان شيئاً عند أبي يوسف. هذا إذا رجعا قبل الطلاق، فإن رجعا بعده فهذا على وجهين: أما إن رجعا قبل الدخول أو بعده، فإن كان بعد الدخول بها فالجواب فيه كالجواب حال قيام النكاح، فأما إذا كان الطلاق قبل الدخول بها فإنهما لا يصمنان للمرأة شيئاً عندهم جميعاً اهـ. فأفاد أن الكلام الأول فيما إذا كان أصل النكاح مجحوداً وفي كلام المصنف إشارة إلى ذلك، أما إذا كانا مقرين به واختلفا في المهر ثم رجع الشاهدان ففيه هذا التفصيل والحكم فيه ما علمت فتنبه لذلك قوله: **(قيد بكونهما شهدا بالنكاح لأنهما لو شهدا بقبض المهر الخ)** لم يصرح بكون المضمون مهر المثل أو المسمى ولا أن

مهر مثلها ورجعا لم يضمنا وإن زاد عليه ضمناها ولم يضمنا في البيع إلا ما نقص وفي

أثلاثاً اهـ. ولو شهدا عليها أنه تزوجها على ألف ومهر مثلها خمسمائة وأنها قبضت الألف وهي تنكر فقضى بشهادتهما ثم رجعا ضمنا لها مهر المثل لا المسمى، لأن حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه إذ لم يقض بوجوبه لأن القضاء بالنكاح مع قبض المهر قضاء بإزالة ملكها عن المعقود عليه لا قضاء بالمسمى لأنه إذا كان مقبوضاً لا يحتاج إلى القضاء به فلم تقع الشهادة بالقبض إتلافاً للمسمى لعدم وجوبه أصلاً بل وقعت إتلافاً للبضع فيضمنان قيمته؛ هكذا ذكره في التحرير وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث إنه أوجب على الشهود قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضاء. ومقتضى المذهب أن لا يجب شيء على ما بينا وهو أن منافع البضع غير متقوّمة عند الإتلاف، وإنما يتقوّم على الزوج عند تملكه إياه؛ هكذا ذكر الشارح رحمه الله. وقلت: التضمين هنا ليس باعتبار إتلاف منافع بضعها بل باعتبار إتلاف المهر لأنهما كما شهدا بأصله شهدا بقبضها له وقد ذكر هو أنهما لو شهدا عليها بقبضه ثم رجعا ضمنا. وإنما ضمنا بقدر مهر المثل باعتبار أنها لم تدع المسمى لإنكارها الكل فترجع بمهر المثل، ولهذا لو لم يشهد بالقبض وإنما شهدا بالنكاح بألف وقضى به ثم شهدا بقبضها ثم رجعا عن الشهادتين فإنهما يضمنان الألف لأنهما أتلفا عليها ذلك.

قوله: **(ولم يضمنا في البيع إلا ما نقص)** أي عن قيمة المبيع فلو شهدا على البائع بمثل القيمة أو أكثر فلا ضمان لأنه إتلاف بعوض، وإن شهدا به بأقل من قيمته ضمنا النقصان لأنه بغير عوض. أطلقه فشمل ما إذا شهدا به باتاً أو بخيار شرط للبائع ومضت المدة لاستناد الحكم عند سقوطه إلى السبب السابق وهو البيع بدليل استحقاق المشتري الزوائد، وأما إذا رد البائع البيع فلا إتلاف أو أجازه اختياراً بقول أو فعل فلرضاه به. قيد الشهادة بالبيع أي فقط لأنهما لو شهدا به مع قبض الثمن، فإن شهدا بهما متفرقين ثم رجعا عن الشهادتين فإنهما يضمنان الثمن، وإن كان جملة احدة وجبت القيمة عليهما، ولو شهدا بالبيع والإقالة معاً فلا ضمان. ولو قال المؤلف «ولم يضمنا البيع والشراء إلا ما نقص أو زاد» لكان أولى ليشمل ما إذا كان المشهود عليه المشتري فلا ضمان لو شهدا بشرائه بمثل القيمة أو أقل. وإن كان بأكثر

الشهادة وقعت بعد الشهادة بالنكاح أو معها. وفي التتارخانية: شهدا على امرأة أن فلاناً تزوجها على ألف درهم وقبضت ذلك وهي تنكر ومهر مثلها خمسمائة فقضى القاضي بذلك ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا مهر المثل دون المسمى، ولو وقعت الشهادة بالعقد بالألف أولاً فقضى القاضي به ثم شهدا بقبض الألف وقضى القاضي به ثم رجعا عن الشهادتين ضمن للمرأة المسمى.

قوله: **(ومقتضى المذهب أن لا يجب شيء الخ)** تأمل في هذا الكلام قوله: **(فإنهما يضمنان الثمن)** قال الزيلعي: لأن الثمن تقرر في ذمة المشتري بالقضاء ثم أتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض

الطلاق قبل الوطء ضمنا نصف المهر ولم يضمنا لو بعد الوطء وفي العتق ضمنا القيمة

ضمنا ما زاد عليها ولو كان بخيار له وجاز البيع بمضي المدة، وأما إذا فسخه أو أجازه اختياراً فلا كما في البائع. وفي خزانة المفتين: وإن شهدا على البائع بالبيع بألفين إلى سنة وقيمته ألف فإن شاء ضمن الشهود قيمته حالاً، وإن شاء أخذ المشتري بالثمن إلى سنة وأياما اختار بريء الآخر، فإن اختار الشهود رجعوا بالثمن على المشتري ويتصدقون بالفضل، فإن رد المشتري المبيع بعيب بالرضا أو تقايلا رجع على البائع بالثمن ولا شيء على الشهود، وإن رد بقضاء فالضمان على الشهود بحاله، وإن أديا رجعا بما أديا اهـ. وفي منية المفتي: شهدا بالبيع بخمسمائة وقضى القاضي ثم شهدا أن البائع أخر الثمن ثم رجعا عن الشهادتين جميعاً ضمنا الثمن خمسمائة عند الإمام كما لو شهدا بأجل دين ثم رجعا ضمنا اهـ. قوله: **(وفي الطلاق قبل الوطء ضمنا نصف المهر)** لأنهما أكدا ضماناً على شرف السقوط ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً، ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجباً بشهادتهما؛ كذا في الهداية. والتعليل الأول للمتقدمين والثاني للمتأخرين وقالوا: لا نسلم التأكيد بشهادتهم بل وجب متأكداً بالعقد ولم يبق بعده إلا الوطء الذي بمنزلة القبض، وهذا العقد لا يتعلق تمامه بالقبض، ولئن سلمنا التأكيد فلا نسلم أن التأكيد الواجب سبب للضمان فإن الشهود لو شهدوا على الواهب بأخذ العوض حتى قضى القاضي بإبطال حق الرجوع ثم رجعوا وقد هلكت الهبة لم يضمنوا للواهب شيئاً؛ كذا في الأسرار. فلما كان قول المتأخرين أقرب إلى التحقيق اختاره فخر الإسلام؛ كذا في شرحه التقرير للأكمل من بحث القضاء. وفي العتابية: لو أقر الزوج بالطلاق بعد التضمين أو السيد بالإعتاق رد الضمان عليهم. وفي المحيط: شهد رجلان وامرأتان بالطلاق قبل الدخول ثم رجع رجل وامرأة فعليهما ثمن المهر أثلاثاً. ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة. ولو شهد رجلان بالطلاق

فيضمنانه، وإن كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضاً مع ذلك لأنهما أتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الأولى اهـ. فإن قلت: حيث ضمنا الزيادة أيضاً فما الفرق بين هذه وبين الثانية فإنه يؤول إلى تضمين القيمة؟ قلت: يظهر فيما إذا كان الثمن أكثر من القيمة فيضمنه هنا، وفي الثانية لا يضمن إلا القيمة تأمل قوله: **(وجبت القيمة عليهما)** قال الزيلعي: لأن القاضي يقضي بالبيع لا بوجوب الثمن لأن القضاء بالثمن يقارنه ما يوجب سقوطه أي الثمن وهو القضاء بالقبض، والقضاء بالشيء إذا اقترن به ما يوجب بطلانه لا يقضى به، ثم استشهد عليه بمسألة الشهادة بالبيع والإقالة معاً قوله: **(كذا في شرحه التقرير)** الضمير في شرحه عائد إلى فخر الإسلام على تقدير مضاف أي شرح أصول فخر الإسلام وقوله «التقرير» بدل من «شرح» فإن الشيخ أكمل الدين صاحب العناية شرح أصول فخر الإسلام الشهير بالبزدوي وسماه التقرير.

....

ورجلان بالدخول ثم رجع شاهدا الطلاق لا ضمان عليهما لأنهما أوجبا نصف المهر وشاهدا الدخول أوجبا جميع المهر وقد بقي من يثبت بشهادته جميع المهر وهو شاهدا الدخول، وإن رجع شاهد الدخول لا غير يجب عليهما نصف المهر لأنه يثبت بشهادة شهود الطلاق نصف المهر وتلف بشهادة شاهدي الدخول نصف المهر، وإن رجع من كل طائفة واحد لا يجب على شاهدي الطلاق شيء ويجب على شاهدي الدخول الربع اهـ. ثم قال: شهدا أنه طلق امرأته ثلاثاً وآخران أنه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير لأنه لم يقض بشهادة شهود الواحد لأنه لا يفيد لأن حكم الواحدة حرمة خفيفة وحكم الثلاث حرمة غليظة، ولو كان بعد الدخول فلا ضمان على أحد اهـ. وأشار بالمهر إلى أن الكلام فيما إذا كان مسمى، فلو لم يكن مسمى ضمنا المتعة لأنها الواجبة وقد أتلفاها. وفي المحيط: تزوّجها بلا مهر وطلقها قبل الدخول فشهدا أنه صالحها من المتعة على عبد وقبضته وهي تنكر ثم رجعا لا يضمنان العبد بل المتعة، وإن كان مهر مثلها عشرة ضمنا لها خمسة دراهم لأن القاضي لم يقض لها بالعبد لكونه مقبوضاً فقد أتلفا بشهادتهما على المرأة المتعة لا العبد بخلاف ما لو شهدا أنه صالحها عنها بعبد وقضى لها به ثم شهدا بقبضه ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لوقوع القضاء بالعبد اهـ. ولو قال «قبل الوطء والخلوة» لكان أولى وإن كانت كالوطء في إيجاب المهر. وأطلق في ضمانها فشمل ما بعد موت الزوج لما في المحيط: شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا بعد موت الزوج ضمنا لورثته نصف المهر لأنهم قائمون مقام المورث ولا ميراث للمرأة ادعت الطلاق أو لا، أقرت الورثة أنه طلقها أو لا وهذا قول أبي حنيفة. وقالا: ترث ولا يضمن الشاهدان ميراثها بناء على أن قضاء القاضي بالطلاق بشهادة الزور ينفذ ظاهراً وباطناً عنده خلافاً لهما، ولو شهدا بذلك بعد موت الزوج وادعى ذلك الورثة فقضى لها بنصف المهر ثم رجعا ضمنا للمرأة نصف المهر والميراث اهـ.

قوله: **(ولم يضمنا لو بعد الوطء)** لأن من شرط الضمان المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال وقد ذكره الأصوليون في بحث القضاء. وفي المحيط: شهدا على الطلاق وآخران على الدخول ولم يفرض لها مهر ثم رجعوا ضمن شاهدا الطلاق نصف المتعة وشاهدا الدخول بقية المهر اهـ. ومما يناسب هذا النوع مسألتا الشهادة بالخلع والنفقة؛ أما الأول ففي المحيط: شهدا على امرأة أنها اختلعت من زوجها قبل الدخول على أنها أبرأته من المهر وهي تجحد ضمنا لها نصف المهر لأنهما أوجبا عليها ذلك بغير عوض، ولو كان دخل بها يضمنان كل المهر اهـ. وأما النفقة ففي المحيط: فرض القاضي لها النفقة أو المتعة ثم شهدا بالاستيفاء وقضى ثم رجعا ضمنا للمرأة وكذلك نفقة الأقارب قيل في نفقة الأقارب سهو لأنها لا تصير ديناً بقضاء فما أتلفا شيئاً، وقيل إنها مؤولة وتأويلها أن القاضي قضى له وأمره بالاستدانة عليه حتى يرجع بما استدان على المقضى عليه بالنفقة وقد استدان وصار ديناً له على المقضى عليه فقد

....

شهدا عليه باستيفاء دين مستحق له على المقضى عليه فضمنا بالرجوع اهـ قوله: **(وفي العتق ضمنا القيمة)** لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان وهو لا يصلح عوضاً. أطلقه فشمل ما إذا كانا موسرين أو معسرين لأنه ضمان إتلاف الملك بخلاف ضمان الإعتاق لأنه لم يتلف إلا ملكه ولزم منه فساد ملك صاحبه فضمنه الشارع صلة ومواساة له. أطلق العتق فانصرف إلى العتق بلا مال فلو شهدا أنه أعتق عبده على خمسمائة وقيمته ألف فقضى ثم رجعا إن شاء ضمن الشاهدين الألف ورجعا على العبد بخمسمائة وولاء العبد للمولى؛ كذا في المحيط. وفي البزازية: شهدا على رجل بإعتاق عبده وأربعة أخر أنه زنى وهو محصن فحكم بالعتق والرجم ورجم ثم رجعوا فالقيمة على شهود العتق للمولى والدية على شهود الزنا للمولى أيضاً إن لم يكن له وراث آخر، والمولى إن كان جاحداً للعتق يمنع أخذ الدية لكن زعمه باطل بالحكم وصار كالمعدوم، ووجوب القيمة بدل المالية، ووجوب الدية بدل النفس، ثم الدية للمقتول حتى تقضى بها ديونه فلا يلزم بدلان عن مبدل واحد ا هـ. ولو شهدا أنه أعتق عبده عام الأول في رمضان وقضى القاضي بعتقه ثم رجعا ضمنا قيمة العبد يوم أعتقه القاضي وحكمه في حدوده وجزاء جناية فيما بين رمضان إلى أن أعتقه القاضي حكم الحر لأن القاضي أثبت حريته من رمضان بالبينة، والثابتة بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة، وفي حق إيجاب الضمان يعتبر حراً يوم القضاء لأن التلف حصل يوم القضاء لأن المنع والحيلولة بين المولى وعبده حصل يوم القضاء. ولو شهدا أنه طلق امرأته عام أوّل في رمضان قبل الدخول وقضى به وألزمه نصف المهر ثم رجعا وضمنا ثم شهد آخران أنه طلقها عام أول في شوّال قبل الدخول بها لم تقبل ولا يقع الأولان لأنها صارت مبانة بالطلاق الأول قبل الدخول فلا يتصوّر تطليقها بعد ذلك فكانت الشهادة الأخيرة باطلة، وبقي الضمان على الفريق الأول بحاله، ولو أقر الزوج بذلك يرد على الشاهدين ما ضمنا، وكذلك إقرار المولى بالعتق قيل هذا عند أبي يوسف ومحمد خلافاً لأبي حنيفة بناء على نفاذ القضاء باطناً فمتى نفذ القضاء في رمضان باطناً عنده لم يصح إقراره بالطلاق والعتاق في شوّال من هذا العام فبقي التلف مضافاً إلى شهادتهما لا إلى إقراره. وعندهما لما لم ينفذ القضاء باطناً بقي النكاح والرق إلى شوّال باطناً فصح إقراره في شوّال وكان التلف مضافاً إلى إقراره لا إلى الشهادة؛ كذا في المحيط ثم قال: ولو شهدا بالتدبير وآخران بالعتق فرجعوا فالضمان على شهود العتق لأن القضاء بالتدبير مع العتق لا يفيد لأن حكم التدبير بقاء الرق إلى وقت الموت، ولا يبقى الرق مع العتق البات فلا يقضى بالتدبير، فإن قضى بشهادة التدبير ثم شهد آخران بالعتق البات فقضى به ثم رجعوا ضمن شهود التدبير ما نقصه التدبير وشهود العتق قيمته مدبراً لأن القضاء بالتدبير يفيد حكمه لأنه ليس حالة القضاء بالتدبير شهادة قائمة بالعتق فأمكن القضاء بالتدبير، وشاهد العتق أزالا المدبر عن ملكه بغير عوض فيضمنان قيمته مدبراً اهـ.

. . . .

وفي العتابية: ولو شهد واحد بإقراره بالعتق أمس وآخر بإقراره بالعتق من سنة وقضى به ثم أقام الشاهدان بينة على إعتاقه من سنين برئا عن الضمان وهذا قولهما لأن عندهما الدعوى ليس بشرط اهـ. يعني ثم رجعا بعد القضاء ثم برهنا. ولم يذكر المؤلف رحمه الله التدبير والكتابة والاستيلاد والولاء؛ أما الأول ففي المحيط: لو شهدا أنه دبر عبده فقضى ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير فإنه بالتدبير فات بعض المنافع من حيث التجارة بالإخراج عن ملكه فانتقض ملكه فضمنا نقصانه بتفويتهما، وإن مات المولى والعبد يخرج من ثلثه عتق وضمن الشاهدان قيمته مدبراً لأنهما أزالا الباقي عن ملك الورثة بغير عوض، فإن لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه وسعى في ثلثيه وضمن الشاهدان ثلث القيمة بغير عوض ولم يرجعا به على العبد، فإن عجز العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين ويرجع به الشاهد على العبد عندهما اهـ. وبه علم أن ما ذكره الشارح الزيلعي من أن العبد إذا كان معسراً فإنهما يضمنان جميع قيمته مدبراً ويرجعان به عليه إذا أيسر سهو لما علمت أنه إنما يرجعان عليه بالثلثين وهو مصرح به لما في المبسوط، وصرح فيه بأنهما يضمنان ثلث قيمته مدبراً، وعليه يحمل ما في المحيط، وقدمنا أن الفتوى أن قيمته مدبراً نصف قيمته لو كان قناً. وأما الثاني ففي المحيط: شهدا أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة فقضى ثم رجعا يضمنان قيمته ولا يعتق حتى يؤدي ما عليه إليهما، فإذا أداه عتق والولاء للذي كاتبه، فإن عجز فرد في الرق كان لمولاه أن يرد ما أخذه على الشهود اهـ. وبه علم أن ما في فتح القدير من أن الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو، والصواب للذي بدل الذين ويطيب لهما ما أخذا من المكاتب إن كان بدل الكتابة مثل قيمته أو أقل، وإن كان أكثر تصدقا بالفضل، وإن أراد المولى اتباع المكاتب ولا يضمنهم كان له ذلك، ذكره الشارح. وفي المحيط: شهدا أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة وقيمته خمسمائة ثم رجعا يخير المولى بين تضمين الشاهدين وبين اتباع العبد بالكتابة إلى أجله، فإن اختار المولى ضمان الشاهدين وقبض منهما القيمة لم يعتق المكاتب حتى يؤدي ألفاً إلى الشاهدين ويتصدقان بالفضل، وعند أبي يوسف يطيب له الفضل فإن تقاضي المولى المكاتب وهو يعلم برجوع الشاهدين أو لا يعلم فهو رضا بالكتابة، ولا يضمنان إلا إذا كانت المكاتبة أقل من القيمة فله أن يأخذ المكاتبة ويرجع عليهما بفضل القيمة اهـ. ولم يذكر الشارحون ما إذا شهدا على المكاتب ثم رجعا وفي المحيط: ادعى العبد أن مولاه كاتبه على ألف وأنه قيمته وقال المولى كاتبته على ألفين وأقام البينة وقضى ثم أداها ثم رجعوا ضمنوا ألف درهم للمكاتب، فإن أنكر المكاتب الكتابة وادعاها المولى على ألفين لم تقبل بينته عليه

قوله: **(والصواب للذي بدل الذين)** أي الصواب أن يبدل قوله «للذين شهدوا عليه» بقوله «للذي شهدوا عليه» فيأتي بدل الجمع بالمفرد فيكون واقعاً على المولى لا على الشهود.

وفي القصاص الدية ولم يقتصا وإن رجع شهود الفرع ضمنوا لا شهود الأصل بلم

ويقال للمكاتب إن شئت فامض عليها أودع اهـ. وأما الثالث ففي البدائع: شهدا على إقرار المولى أن هذه الأمة ولدت منه وهو ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا، فإن لم يكن معهاولد فرجعا في حياته ضمنا نقصان قيمتها بأن تقوم قنة وأم ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان، فإن مات المولى عتقت وضمنا بقية قيمتها للورثة، فإن كان معهاولد فرجعا في حياته ضمنا قيمة الولد مع ضمان نقصانها، فإن مات المولى بعده فإن لم يكن مع الولد شريك في الميراث لم يضمنا له شيئاً ورجعا على الولد بما قبض الأب منهما من تركته إن كانت وإلا فلا ضمان عليه، وإن كان معه أخ ضمنا له نصف البقية من قيمتهما ويرجعان على الولد بما أخذ الأب منهما لا بما قبض الأخ ولا يضمنان للأخ ما أخذه الولد من الميراث، فإن رجعا بعد وفاة المولى فإن لم يكن مع الولد شريك فلا ضمان عليهما وإلا ضمنا للأخ نصف البقية من قيمتهما ونصف قيمة الولد لا ميراثه ولا يرجعان على الولد هنا، وإن كانت الشهادة بعد موت المولى بأن ترك ولداً وعبداً وأمة وتركة فشهدا أن هذا العبد ولدته هذه الأمة من الميت وصدقهما الولد والأمة لا الابن وقضى ثم رجعا ضمنا قيمة العبد والأمة ونصف الميراث اهـ.

قوله: **(وفي القصاص الدية ولم يقتصا)** أي ضمن شاهد القصاص برجوعهما بعد الاستيفاء دية المشهود عليه ولا يقتص منهما. وقال الشافعي: يقتص منهما لوجود القتل تسبباً فأشبه المكره بل أولى لأن الولي يعان والمكره يمنع. ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبباً لأن السبب ما يفضي إليه غالباً ولا يفضي لأن العفو مندوب بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهراً، ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات. أطلقه فيشمل ما إذا رجع الولي معهما أو لم يرجع لكن إن رجع معهما خير الولي بين تضمين الولي الدية أو الشاهدين كما لو جاء المشهود بقتله حياً، وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عنده، وعندهما له الرجوع عليه لأنهما عاملان له، واتفقوا على رجوعهما عليه في الخطأ وبيان الحجة من الجانبين في الشرح للزيلعي. وشمل ما إذا شهدوا به في النفس أو ما دونه، وقيد بالقصاص لأنهما لو شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا لم يضمنا لأن القصاص ليس بمال. ولو شهدا أنه صالحه من دم العمد على ألف ثم رجعا لم يضمنا أيهما كان المنكر للصلح، وقيل إذا كان القاتل منكراً فالصحيح أنهم يضمنون له الألف، والصحيح جواب الكتاب وتمامه في المحيط وفيه: شهدا أنه صالحه على عشرين ألفاً والقاتل يجحد فقضى ثم رجعا ضمنا الفضل على الدية، وقيل الصحيح أن يضمنا جميع المال. قال الطالب صالحتك على ألف وقال الخصم لا بل عن خمسمائة فالقول للمدعى عليه

قوله: **(ورجعا على الولد بما قبض الأب منهما الخ)** قال الرملي: أي لاعتراف الولد باشتغال التركة بما أخذ والده منهما لأنه يزعم أنه أخذ ما أخذه منهما ظلماً فرجعا في التركة فتأمل. وأقول:

نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا ولو رجع الأصول والفروع ضمن

مع يمينه لإنكاره الزيادة، فإن برهن الطالب وقضى ثم رجعا ضمنا الخمسمائة الواجبة بشهادتهما، وفيه دليل على أن الجواب في المسألة الأولى سهو حيث أجابوا بعدم الضمان. شهدا على العفو عن دم فيه مال أو جرح عمد فيه مال ثم رجعا ضمنا الدية وأرش الجراحة في ثلاث سنين أو سنة اهـ. وفي البدائع: شهدا بالقتل خطأ ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما، وكذا إذا شهدا بقطع يد خطأ ضمنا نصفها، وكذا إذا شهدا بسرقة فقطع ثم رجعا اهـ. وفي السراج الوهاج أن الدية التي على الشاهدين تكون في مالهما في ثلاث سنين ولا كفارة عليهما ولا يحرمان الميراث بأن كانا ولدي المشهود عليه فإنهما يرثانه اهـ قوله: **(وإن رجع شهود الفرع ضمنوا)** لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافاً إليهم. وفي المحيط: شهدا على شهادة أربعة وآخران على شهادة شاهدين وقضى ثم رجعوا فعلى شاهدي الأربعة ثلثا الضمان وعلى الآخرين الثلث عند أبي يوسف. وقال محمد: على الفريقين نصفان. الجامع: شهدا على شهادة شاهدين لرجل على آخر بألف وشهد آخران على شهادة واحد عليه بألف فقضى بشهادتهم ثم رجع أحد اللذين شهدا على شهادة الشاهدين وأحد اللذين شهدا على شهادة واحد، فعليهما ثلاثة أثمان الحق ثمنان على الأول وثمن على الآخر، ولو لم يرجع إلا واحد من الفريق الأول ضمن الربع، ولو رجع بعد هذا الفريق الآخر كلهم ضمنا ربعاً آخر، ولو شهد كل فريق على شهادة شاهدين ورجع واحد من هذا وواحد من ذلك ضمنا ثمنين ونصفاً. وذكر في المبسوط النصف، وعن الكرخي يضمنان الربع، وعن عيسى بن أبان الثلث، والأصح أن المذكور في المبسوط جواب القياس، والمذكور في الجامع جواب الاستحسان اهـ.

قوله: **(لا شهود الأصل بلم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا)** أي لا ضمان عليهم فيهما؛ أما في الأولى فلأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد فلا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء، وأما في الثانية فهو قولهما. وقال محمد: يضمنون لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا. ولهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم، وقدمنا أن

يؤخذ من هذه المسألة أنهما لو شهدا بأنه من مستحقي هذا الوقف فقضى القاضي به بشهادتهما ثم رجعا لا يضمنان شيئاً للمشهود عليهم من الغلة فيما يستقبل لأنهما لم يتلفاها عليهم لعدم وجودها وقتئذ حتى لو كان شيء من الغلة موجوداً وقت الشهادة وحكم به يضمنان بالرجوع ما أخذه الشهود له أو استهلك المشهود عليهم غلة السنين الماضية وحكم عليهم له بها، فكذلك يضمنانها لأنهما أتلفاه على المشهود عليهم بشهادتهما كمسألة الشهادة بعد موت المولى هنا، ولم أر من صرح بذلك وقد سئلت عنه فاستخرجت الجواب من مسألة البدائع المذكورة فتأمل ذلك الخ.

الفروع فقط ولا يلتفت إلى قول الفروع كذب الأصول أو غلطوا وضمن المزكون بالرجوع وشهود اليمين لا شهود الإحصان والشرط.

الاختلاف مبني على أن الإشهاد على الشهادة إنابة وتوكيل عندهما، وعنده تحميل. وقوله «غلطنا» اتفاقي إذ لو قالوا رجعنا عنها فلا ضمان أيضاً عندهما، ولو قال برجوعهم لكان أولى ليشمل المسألتين وليفهم إنكار الإشهاد بالأولى قوله: **(ولو رجع الأصول والفروع ضمن الفروع فقط)** أي لا الأصول عندهما لأن القضاء وقع بشهادتهم، وعند محمد المشهور عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع قوله: **(ولا يلتفت إلى قول الفروع كذب الأصول أو غلطوا)** لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم فلا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع قوله: **(وضمن المزكون بالرجوع)** أي عن التزكية وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود فصاروا كشهود الإحصان. وله أن التزكية إعمال الشهادة إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الإحصان لأنهم شرط محضن والخلاف فيما إذا قالوا تعمدنا أو علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم، أما إذا قال المزكي أخطأت فيها فلا ضمان إجماعاً، وقيل الخلاف فيما إذا أخبر المزكون بالحرية بأن قالوا هم أحرار، أما إذا قالوا هم عدول فبانوا عبيداً لا يضمنون إجماعاً لأن العبد قد يكون عدلاً. وأطلق في ضمانهم فشمل الدية لو زكوا شهود الزنا فرجم فإذا الشهود عبيد أو مجوس فالدية على المزكين عنده، ومعناه إذا رجعوا عنها بأن قالوا علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم، أما إذا ثبتوا عليها وزعموا أنهم أحرار فلا ضمان عليهم ولا على الشهود، ولا تحد الشهود حد القذف لأنهم قد قذفوا حياً وقد مات ولا يورث عنه وقالا الدية على بيت المال؛ كذا في السراج الوهاج قوله: **(وشهود اليمين)** أي وضمن شهود التعليق لأنهم شهود العلة إذ التلف يحصل بسببه وهو الإعتاق أو التطليق وهم أثبتوه. أطلقه فشمل تعليق العتق والطلاق فيضمنون في الأول القيمة وفي الثاني نصف المهر إن كان قبل الدخول. وفي منية المفتي: شهدا أنه أمر امرأته أن تطلق نفسها وآخران أنها طلقت نفسها وذلك قبل الدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود الطلاق لأنهما أثبتا السبب والتعويض شرط كونه سبباً، وعلى هذا إذا شهدوا أنه جعل عتق عبده بيد فلان وآخران أنه أعتقه ثم رجعوا، ولو شهدا أنه أمره بالتعليق وآخران أن المأمور علق وآخران على وجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود التعليق ا هـ.

قوله: **(لا شهود الإحصان)** أي لا ضمان عليهم لأنه علامة وليس بشرط حقيقة. ثم اعلم أن الشرط عند الأصوليين ما يتوقف عليه الوجود وليس بمؤثر في الحكم ولا مفض إليه والعلة المؤثرة في الحكم، والسبب هو المفضي إلى الحكم بلا تأثير، والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفاً عليه، وبهذا ظهر أن الإحصان شرط كما ذكره الأكثر لتوقف وجوب

....

الحد عليه بلا عقلية تأثير ولا إفضاء، وعدم الضمان برجوع شهود الشرط هو المختار وإنما تكلف الإحصان علامة القائل بتضمين شهود الشرط وليس المختار؛ إليه أشار في التحرير. والحاصل أنهم اتفقوا على عدم تضمين شهود الإحصان، فالقائل بأن شهود الشرط لا يضمنون بالرجوع لا إشكال على قوله، والقائل بأنهم يضمنون تكلف وادعى أن الإحصان علامة وليس بشرط وظاهره أن المصنف قال به بدليل عطف الشرط عليه، ولو اقتصر على نفي الضمان عن شهود الشرط كما في المجمع لكان أولى، وصرح في البدائع بأنه شرط ولم يذكر غيره قوله: **(والشرط)** أي لا ضمان على شهود وجود الشرط للعتق والطلاق لما قدمنا أن اليمين هي العلة فأضيف الحكم إلى من أثبتها والشرط لا يعارض العلة. أطلقه فشمل ما إذا رجعوا وحدهم أو مع شهود العلة لكن عدم التضمين في الثاني اتفاق وفي الأول اختلاف، والمختار ما في الكتاب نص عليه في الزيادات واختاره السرخسي، واختار البزدوي ما قابله. وأراد من الشرط ما ليس بعلة فشمل السبب فلا ضمان على شهود التفويض والضمان على شهود الإيقاع كما قدمناه. واستشهد الحسامي على عدم تضمين شهود الشرط بما لو قال لعبده إن ضربك فلان فأنت حر فضربه فلان يعتق العبد ولا يضمن الضارب لأنه عتق بيمين مولاه لا بالضرب فكذلك هذا والله تعالى أعلم.

كتاب الوكالة

صح التوكيل وهو إقامة الغير مقام نفسه في التصرف ممن يملكه إذا كان الوكيل

كتاب الوكالة

مناسبتها للشهادة من حيث إن الانسان يحتاج في معاشه إلى التعاضد والشهادة منه فكذا الوكالة. والكلام فيها في مواضع: الأول في معناها لغة قال في المصباح: وكلت إليه الأمر وكلاً من باب وعد، ووكولاً فوضته إليه واكتفيت به الوكيل فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه، ويكون بمعنى فاعل إذا كان بمعنى الحافظ ومنه «حسبنا الله ونعم الوكيل» والجمع وكلاء. ووكلته توكيلاً فتوكيل قبل الوكالة وهي بفتح الواو والكسر لغة، وتوكل على الله تعالى اعتمد عليه ا هـ. والحاصل أنها في اللغة بمعنى التوكيل وهو تفويض التصرف إلى الغير. الثاني في معناها اصطلاحاً فهي: إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم؛ كذا في العناية: الثالث في ركنها وهو ما دل عليها من الإيجاب والقبول ولو حكماً فلو قال وكلتك في هذا كان وكيلاً بحفظه لأنه الأدنى فيحمل عليه؛ هكذا ذكروا. وقيدوا بقوله في هذا لأنه لو قال وكلتك فقال قبلت الوكالة فقال الوكيل طلقت امرأتك ثلاثاً أو أعتقت عبدك فلاناً أو زوجت بنتك فلانة من فلان أو تصدقت من مالك بكذا على الفقراء فقال الرجل لا أرضى بذلك فهذا الكلام متوجه إلى الذي تحاورا فيه وقليلاً ما يكون هذا الكلام والتفويض الأبناء على سابقة تجري بينهما، فإن كان كذلك فالأمر على ما تعارفوه بما جرت المخاطبة فيه، فإن فعل شيئاً خارجاً من ذلك النوع لم ينفذ على الموكل دون

كتاب الوكالة

قوله: **(ولو حكما)** دخل به السكوت كما سننبه عليه قبيل الرابع وسيأتي في الفصل الآتي في

. . . .

إنفاذه؛ كذا في خزانة المفتين. ولو قال أنت وكيلي في كل شيء كان تفويضاً للحفظ، والقياس أن لا يكون وكيلاً به للجهالة، والاستحسان انصرافها إلى الحفظ، ولو قال أجزت لك بيع عبدي هذا أنه يكون توكيلاً بالبيع، ولو زاد على قوله أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك ملك الحفظ والبيع والشراء ويملك الهبة والصدقة حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل. وعن الإمام تخصيصه بالمعاوضات ولا يلي العتق والتبرع وعليه الفتوى، وكذا إذا قال طلقت امرأتك ووقفت ووهبت أرضك في الأصح لا يجوز. وفي الروضة: فوضت أمري إليك قيل هذا باطل، وقيل هذا والأول سواء في أنه تفويض الحفظ. ولو قال مالك المستغلات فوضت إليك أمر مستغلاتي وكان أجرها من إنسان ملك تقاضى الأجرة وقبضها، وكذا لو قال إليك أمر ديوني ملك التقاضي، ولو قال إليك فوضت أمر دوابي وأمر مماليكي ملك الحفظ والرعي والتعليف والنفقة عليهم. فوضت إليك أمر امرأتي ملك طلاقها واقتصر على المجلس بخلاف قوله ملكتك حيث لا يقتصر على المجلس؛ كذا في البزازية. وفي كافي الحاكم. لو وكله بالقيام على داره وإجارتها وقبض غلتها والبيع لم يكن له أن يبني ولا أن يرم منها شيئاً وليس وكيلاً في خصومتها، ولو هدم رجل منها شيئاً كان وكيلاً في الخصومة لأنه استهلك شيئاً في يديه، وكذا لو أجرها من رجل فجحد ذلك الرجل الإجارة كان خصماً فيها حتى يثبتها، وكذا إذا سكنها وجحد الآجر ا هـ. وقال في باب الوكالة بالدين: لو وكله بتقاضي كل دين له ثم حدث له دين بعد ذلك فهو وكيل في قبضه، ولو وكله بقبض غلة أرضه وثمرتها كان له أن يقبض ذلك كل سنة ا هـ.

وقال في باب قبض الوديعة والعارية: ولو وكله بقبض عبد عند رجل فقتل العبد خطأ كان للمودع أن يأخذ القيمة من عاقلة القاتل، وليس للوكيل أن يقبض القيمة لأنها كالثمن، ولو كان الوكيل قبض العبد فقتل عنده كان له أن يأخذ القيمة وهو الآن بمنزلة الأول، ولو جنى على العبد جناية قبل أن يقبضه الوكيل فأخذ المستودع أرشها فللوكيل أن يقبض العبد دون الأرش، وكذا لو كان المستودع آجره بإذن مولاه لم يأخذ الوكيل أجره، وكذا مهر الأمة إذا وطئت بشبهة. ولو وكله بقبض أمة أو شاة فولدت كان للوكيل أن يقبض الولد مع الأم، ولو كانت ولدت قبل أن يوكله بقبضها لم يكن له أن يقبض الولد، وكذلك ثمرة البستان بمنزلة الولد ا هـ. وفي البدائع: وأما ركن التوكيل فهو الإيجاب والقبول؛ فالإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه. والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجري مجراه فما لم يوجد لم يتم، ولهذا لو وكل إنساناً بقبض دينه فأبى أن يقبض ثم ذهب فقبض لم يبرأ الغريم لأنه ارتد بالرد. ثم الركن قد يكون مطلقاً وقد يكون معلقاً بشرط نحو إن قدم زيد فأنت وكيلي في بيع هذا

شرح قوله «ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه». عن الرملي التفرقة في الحكم بين القبول الصريح وبين السكوت فراجعه.

....

العبد. وقد يكون مضافاً إلى وقت بأن يوكله في بيع هذا العبد غداً ويصير وكيلاً في الغد وما بعده لا قبله ا هـ. فإن قلت: فما الفرق بين التوكيل والإرسال فإن الإذن والأمر توكيل كما علمت؟ قلت: الرسول أن يقول له أرسلتك أو كن رسولاً عني في كذا وقد جعل منها الزيلعي في باب خيار الرؤية أمرتك بقبضه. وصرح في النهاية فيه معزياً إلى الفوائد الظهيرية أنه من التوكيل وهو الموافق لما في البدائع إذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا. واعلم أنه ليس كل أمر يفيد التوكيل فيما أمر به ففي الولوالجية؛ دفع له ألفاً وقال اشتر لي بها أو بع أو قال اشتر بها أو بع ولم يقل لي كان توكيلاً، وكذا اشتر بهذا الألف جارية، وأشار إلى مال نفسه، ولو قال اشتر جارية بألف درهم كانت مشورة وما اشتراه المأمور فهو له دون الآمر، وكذا لو قال اشتر هذه بألف إلا إذا زاد على أن أعطيك لأجل شرائك درهماً لأن اشتراط الأجر له يدل على الإنابة ا هـ. وفي تهذيب القلانسي: الوكيل من يباشر العقد والرسول من يبلغ المباشرة والسلعة أمانة في أيديهما ا هـ. وإنما قلت في القبول ولو حكماً ليدخل السكوت الرابع في شرائطها وهي أنواع: ما يرجع إلى الموكل، وما يرجع إلى الوكيل. وما يرجع إلى الموكل به. فما يرجع إلى الموكل كونه ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه وسنتكلم عليه عند شرح الكتاب. وما يرجع إلى الوكيل فالعقل فلا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل لا البلوغ، والحرية وعدم الردة فيصح توكيل المرتد ولا يتوقف لأن المتوقف ملكه، والعلم للوكيل بالتوكيل فلو وكله ولم يعلم فتصرف توقف على إجازة الموكل أو الوكيل بعد علمه. وحكى في البدائع فيه اختلافاً ففي الزيادات أنه شرط، وفي الوكالة أنه ليس بشرط. ويثبت العلم إما بالمشافهة أو الكتاب إليه أو الرسول إليه أو بإخبار رجلين فضوليين أو واحد عدل أو غير عدل وصدقه الوكيل وإلا فعنده لا، وعندهما نعم. وأما ما يرجع إلى الموكل به فأن لا يكون باثبات حد أو استيفائه إلا حد السرقة والقذف. وعمم أبو يوسف الحد والقصاص على الاختلاف، وأن لا يكون فيه جهالة متفاحشة كما سيأتي.

قوله: **(وصرح في النهاية الخ)** أقول: الذي تقدم في باب خيار الرؤية نقلاً عن الفوائد جعل الأمر من ألفاظ الرسالة لا من ألفاظ التوكيل وسيأتي في باب الوكالة بالخصومة أنه ليس بتوكيل قوله: **(واعلم أنه ليس كل أمر يفيد التوكيل الخ)** حاصله أنه لا بد أن يكون في الأمر ما يدل على أن المأمور يفعل أمر اللآمر بطريق النيابة عنه قوله: **(وفي تهذيب القلانسي الخ)** حاصله ما ذكره المؤلف في باب خيار الرؤية حيث قال: وفي المعراج قيل الفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل لا يضيف العقد إلى الموكل والرسول لا يستغني عن إضافته إلى المرسل وإليه الإشارة في قوله تعالى ﴿يا أيها الرسول بلغ﴾ [المائدة: ٦٧] وقوله ﴿وما أنت عليهم بوكيل﴾ [الأنعام: ١٠٧] نفى الوكالة وأثبت الرسالة اهـ. قوله: **(لا البلوغ والحرية)** قال الرملي: أي فيصح توكيل الصبي الذي يعقل والعبد في النكاح والطلاق والخلع والصلح والاستعارة والهبة والبيع والشراء والإجارة وكل ما يعقده الموكل بنفسه فافهم قوله: **(وأما ما يرجع إلى الموكل به)** قال الرملي: ومنه التوكيل العام. وقد صنف

. . . .

الخامس في حكمها فمنه ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل، ومنه أن لا يوكل إلا بإذن أو تعميم، ومنه أنه أمين فيما في يده كالمودع فيضمن بما يضمن به المودع ويبرأ بما يبرأ به والقول قوله في دفع الضمان عن نفسه، فلو دفع له مالاً وقال اقضه فلاناً عن ديني فقال قضيته وكذبه صاحب الدين فالقول للوكيل في براءته وللدائن في عدم قبضه فلا يسقط دينه، ويجب اليمين على أحدهما فيحلف من كذبه الموكل دون من صدقه. وعلى هذا لو أمر المودع بدفعها إلى فلان فادعاه وكذبه فلان ولو كان المال مضموناً على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على الطالب فأمر الطالب أو المغصوب منه الرجل أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعت إليه وقال فلان ما قبضت فالقول قول فلان أنه لم يقبض ولم يصدق الوكيل على الدفع إلا ببينة أو بتصديق الموكل، ولا يصدقان على القابض والقول له مع اليمين وللوكيل تحليف الموكل أنه ما يعلم أنه دفع، فإن نكل سقط الضمان عنه. ولو لم يدفع إليه شيئاً وإنما أمره بقضاء دينه من ماله فادعاه وكذبه الطالب والموكل ولا بينة فالقول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على نفي العلم، وإن صدقه الموكل دون الطالب رجع عليه بما ادعاه ويرجع الطالب عليه أيضاً بدينه؛ ذكره القدوري. وفي الجامع: لا رجوع للوكيل على موكله ولو صدقه والأول أشبه كما في البدائع: ولو ادعى المودع أنه أمره بدفعها إلا فلان وكذبه صاحبها فالقول له أنه لم يأمره، وقد وقعت حادثة الفتوى حين تأليف هذا المحل دفع إلى آخر مالاً ليدفعه إلى آخر ثم اختلفا في تعيينه فقال الآمر أمرتك بدفعه إلى زيد فقال المأمور إلى عمرو وقد دفعت له، فأجيب بأن القول قول الوكيل لأنهما اتفقا على أصل الإذن فكان أميناً ولهذا قال الزيلعي في آخر المضاربة: لو دفع إليه مالاً ثم اختلفا فقال الدافع مضاربة وقال المدفوع إليه وديعة فالقول للمدفوع إليه لأنهما اتفقا على الإذن ا هـ. ومن أحكامه أنه لا جبر عليه في فعل ما وكل به إلا في رد وديعة بأن قال ادفع هذا الثوب إلى فلان فقبله وغاب الآمر يجبر المأمور على دفعه، فأما سائر الأشياء فلا يجب عليه التنفيذ؛ كذا في المحيط وتمامه في فوائدنا. ومنها ما في البزازية: وكله بقبض وديعته وجعل له الأجر صح وإن وكله بقبض دينه وجعل له أجراً لا يصح إلا إذا وقت مدة معلومة، وكذا الوكيل بالتقاضي إن وقت جاز ا هـ. وكذا الوكيل بالخصومة كذا في الولوالجية. ومن أحكامها أنها لا تبطل بالشروط

صاحب هذا الكتاب فيه رسالة سماها «المسألة الخاصة في الوكالة العامة» وحاصلها أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والهبة والصدقة على المفتى به وتمامه فيها اهـ. قلت: وتقدم صورة الوكالة العامة أوّل هذه السوادة وسيأتي أيضاً أوّل المقولة الآتية.

قوله: **(وقد وقعت حادثة الفتوى الخ)** قال الرملي: وسيذكر فرع واقعة الحال بعد كراسة ويرد

....

الفاسدة ولا يصح شرط الخيار فيها كما في الخانية. ومن أحكامها صحة تعليقها وإضافتها فتقبل التقييد بالزمان والمكان، فلو قال بعه غداً لم يجز بيعه اليوم، وكذا العتاق والطلاق. ولو قال بعه اليوم فباعه غداً فيه روايتان، والصحيح أنها لا تبقى بعد اليوم، ولو وكله بتقاضي دينه بالشام ليس له أن يتقاضاه بالكوفة؛ الكل من الخانية. السادس في صفتها وهو عدم اللزوم فله أن يعز له متى شاء إلا فيما سنذكره آخرها.

قوله: **(صح التوكيل)** أي تفويض التصرف إلى الغير بالكتاب والسنة والإجماع قال تعالى حكاية عن أصحاب الكهف ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة﴾ [الكهف: ١٩] وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله تعالى ورسوله من غير إنكار ولم يظهر نسخة. ووكل عليه السلام حكيم بن حزام بشراء أضحيته وانعقد الإجماع عليه وهو عام وخاص، فالثاني ظاهر، والأول نحو أن يقول ما صنعت من شيء فهو جائز، أنت وكيلي في كل شيء جائز، أمرك عليّ ملك جميع أنواع التصرفات من البيع والشراء والهبة والصدقة والتقاضي وغير ذلك، ولو طلق امرأته جاز. قال الصدر الشهيد: وبه يفتي حتى يتبين خلافه. واختار أبو الليث أنه لو طلق أو وقف لم يجز؛ كذا في الولوالجية. وفي البزازية: ما حكمت فجائز تحكيم لا توكيل. وقدمنا فتوى قاضيخان أنه يختص بالمعاوضات قوله: **(وهو إقامة الغير مقام نفسه في التصرف)** أي الجائز المعلوم حتى إن التصرف إذا لم يكن معلوماً ثبت أدنى التصرفات وهو الحفظ فيما إذا قال وكلتك بمالي قوله: **(ممن يملكه)** أي ذلك التصرف بيان للشرط في الموكل فلا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل مطلقاً وصبي يعقل بنحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة من التصرفات الضارة فيصح توكيله بالنافعة بلا إذن وليه كقبول الهبة وأما ما تردد بين ضرر ونفع كالبيع والإجارة فإن كان مأذوناً في التجارة صح توكيله مطلقاً وإلا توقف على إجازة وليه. ولا يصح توكيل عبد محجور وصح من مأذون ومكاتب، وأما توكيل المرتد فموقوف إن أسلم نفذ وإلا بأن قتل أو مات أو لحق بطل عنده. وقالا: نافذ. وشمل قوله ممن يملكه الأب والوصي في مال الصبي فلهما أن يوكلا بكل ما يفعلانه، وأورد على هذا الشرط توكيل المسلم ذمياً ببيع خمر أو خنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد فإنه صحيح عنده ولا يملكه الموكل. وأجيب بأنه يملكه بأصل التصرف وإن امتنع بعارض النهي، ويرد عليه العبد المأذون في تزويج نفسه لا يملك التوكيل كما في

عليه ويجيب عنه اهـ. أي قبيل فصل الوكيل بالبيع والشراء قوله: **(ومن أحكامها صحة تعليقها وإضافتها الخ)** قال في نور العين معزياً إلى العيون: وكله بقبض الوديعة في اليوم فله قبضه غداً، ولو وكله بقبضه غداً لا يملك قبضه اليوم إذ ذكر اليوم للتعجيل فكأنه قال أنت وكيلي به الساعة فإذا ثبت وكالته به الساعة دامت ضرورة، ولا يلزم من وكالة الغد وكالة اليوم لا صريحاً ولا دلالة. وكذا لو

يعقل العقد ولو صبياً أو عبداً محجوراً بكل ما يعقده بنفسه وبالخصومة في الحقوق

المحيط مع أنه يملك أن يتزوج بنفسه، والجواب أنه بمنزلة الوكيل عن سيده وإن كان عاملاً لنفسه والوكيل لا يوكل إلا بإذن أو تعميم. وفي البزازية: والوكالة على اليمين مثل أن يقول وكلتك أن تحلف عني لا يجوز ا هـ. وأورد أيضاً لو قال بع عبدي هذا بعبد صح، ولو قال اشتريت منك هذا بعبد لم يصح، وأجيب بأن المنع للجهالة في المباشرة للإفضاء إلى المنازعة لا لذاتها ولذا لم تمنع في بيع قفيز من صبرة ولا يفضى إليها في الوكالة. وزاد في الهداية فقال: ومن شرطها أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام فقيل هو احتراز عن الوكيل فإنه وإن ملك التصرف لا تلزمه الأحكام بمعنى لا تثبت له فلا يصح توكيله. وقيل احتراز عن المحجور فإنه لا يصح توكيله؛ كذا في النهاية. واقتصر الشارح على الثاني ولا حاجة إلى هذا القيد فإن المحجور لا يملك التصرف فخرج به، وسيأتي إخراج الوكيل بالضابط وفي الجوهرة: وليس المعتبر أن يكون الموكل مالكاً للتصرف فيما وكل به وإنما المعتبر أن يكون ممن يصح منه التصرف في الجملة لأنهم قالوا: لا يجوز بيع الآبق ويجوز أن يوكل ببيعه. وفي الولوالجية: لو وكل الدائن عبداً لمديون في قبض دينه من مولاه جاز، ولو أقر العبد بالقبض والهلاك برئ المولى، ولو وكل الغريم مولى العبد المديون بالقبض من عبده لم يجز توكيله ولا قبضه. والحاصل أنه يرد على منطوق قوله ممن يملكه توكيل العبد المأذون بالتزويج فإنه لا يصح مع أنه يملكه، وما لو وكل ببيع عبده بعبد يصح مع أنه لا يملكه ويرد على مفهومه توكيل المسلم ذمياً ببيع الخمر وتوكيل المحرم حلالاً والتوكيل ببيع الآبق والتوكيل بالاستقراض.

قوله: **(إذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبياً أو عبداً محجوراً)** بيان للشرط في الوكيل فلا يصح توكيل غير العاقل. وفي يتيمة الدهر: وذكر السرخسي في الوكالة في باب البيع والشراء: وإن كان الوكيل مجنوناً فبيعه باطل، فإن كان يعقل البيع والشراء فهو بمنزلة الصبي المحجور عليه. وذكر في باب توكيل الزوج بالطلاق: ولو وكل مجنوناً بطلاق امرأته فقبل الوكالة في حال جنونه ثم أفاق فهو على وكالته لأن بالإفاقة يزداد التمكن من التصرف ولا يزول ما كان ثابتاً ا هـ. وذكر في الهداية أنه يشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده فقال الشارحون: إن المراد بعقل العقد أن يعرف أن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه. ويعرف الغبن الفاحش من اليسير، والمراد بقصده أن يقصد ثبوت الحكم أو

قال اقبضه الساعة فله القبض بعدها. ثم قال معزياً إلى قاضيخان: وكله بشيء وقال افعله اليوم ففعله غداً بعضهم قالوا: الصحيح أن الوكالة لا تبقى بعد اليوم. وقال بعضهم: تبقى وذكر اليوم للتعجيل لا لتوقيت الوكالة باليوم إلا إذا دل الدليل عليه اهـ. وفي البزازية في أول الفصل الأول من كتاب الوكالة: الوكيل إلى عشرة أيام لا تنتهي وكالته بمضي العشرة في الاصح.

....

الربح للاحتراز عن بيع المكره والهازل فإنه لا يقع عن الآمر ا هـ. وفيه نظر لأنه لا حاجة إلى اشتراط عقلية الغبن الفاحش من اليسير لجواز بيع الوكيل عند الإمام بما قل وكثر. نعم إن قيد عليه أن لا يبيعه بغبن فاحش اشتراط، وأما تفسير القصد للاحتراز عن بيع الهازل والمكره فخارج عن المقصود لأن الكلام الآن في صحة الوكالة لا في صحة بيع الوكيل ولذا تركه المصنف. وفي الواقعات الحسامية: الوكيل إذا اختلط عقله بشراب نبيذ ويعرف الشراء والقبض جاز على الموكل شراؤه. ولو اختلط ببنج ويعرف الشراء لم يجز وهو بمنزلة المعتوه ا هـ قوله: **(بكل ما يعقد بنفسه)** بيان لضابط الموكل فيه وليس حداً فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ولا يملك توكيل الذمي به لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس. ولا

قوله: **(وفيه نظر لأنه لا حاجة الخ)** قال في المنح أقول: ليس ما ذكره من النظر واقعاً موقعه لأن التعريف إنما هو للصبي العاقل وهو المميز مطلقاً كما ذكره المحققون في تعريفه لا بالنظر إلى خصوص الوكالة حتى يحتاج إلى ذكر هذا النظر والجواب عنه اهـ. ويرد عليه ما في اليعقوبية حيث قال: قوله «ويعرف الغبن اليسير من الفاحش» كذا في أكثر الكتب وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح وفرق الغبن اليسير من الفاحش مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فلا وجه لصحة اشتراطه في صحة التوكيل كما لا يخفى اهـ. ولا يخفى عليك أنه حيث كان تصريف الصبي العاقل مأخوذاً فيه معرفة الغبن الفاحش من اليسير كان شرطاً في الوكالة أيضاً. ثم كان الظاهر أن يقول إلا بعد الاشتغال بالبيع والشراء ومعرفة أثمان المبيعات لأنه ليس المراد أن يعرف ما حده الفقهاء بل أن يعرف أن هذا الشيء قيمته كذا وأنه لو اشتراه أو باعه بكذا يكون مغبوناً تأمل. وعلى كل فاشتراط معرفة الغبن مشكل فقد يكون الرجل من أعقل الناس وأذكاهم ويغبن في بعض الأشياء بعدم وقوفه على مقدار قيمة مثلها، ولعل مرادهم اشتراط ذلك فيما تكون قيمته معروفة مشهورة. وانظر ما يأتي عند قوله «وتقيد شراؤه بمثل القيمة» ثم بعد كتابتي ذلك رأيت في الحواشي السعدية قال ما نصه: قوله «مما لا يطلع عليه أحد الخ» ممنوع فإنا نرى كثيراً من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال بعلم الفقه بل بالسماع من الثقاة وكثرة المباشرة بالمعاملات، ثم قد يقام المتمكن من الشيء مقام ذلك الشيء كما سبق في مباحث عدم قبول شهادة الأعمى في هذا الكتاب، وأما فيما نحن فيه فالتمكن من المعرفة بالعقل وذلك موجود في الصبي الذي كلامنا فه فليتأمل اهـ. قلت: والظاهر أن مرادهم أن يعرف أن الخمسة فيما قيمته عشرة مثلاً غبن فاحش وأن الواحد فيها يسير، فإن من لم يدرك الفرق بينهما غير عاقل كصبي دفع له رجل كعباً وأخذ ثوبه فإذا فرح به ولا يعرف أنه مغبون في ذلك لا يصح تصرفه أصلاً.

قوله: **(وأما تفسير القصد بالاحتراز عن بيع الهازل والمكره فخارج عن المقصود الخ)** سبقه إلى هذا الاعتراض يعقوب باشا ثم قال: والأولى أن قوله «ويقصده» تأكيد لقوله «يعقد» والعطف عطف تفسير لأنه بالقصد يعلم كمال العقد كما لا يخفى فليتأمل قوله: **(ولا يمكن طرده الخ)** لعله ولا

....

يمكن طرده عدم توكيل الذمي مسلماً ببيع خمره وهو يملكه لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذمي به فصدق الضابط لأنه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به في الجملة، وإنما يرد عليه توكيل الوكيل بلا إذن وتعميم فإنه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك التوكيل. وأجابوا بأن المراد لنفسه لكن يرد عليه الأب والجد يملكان شراء مال ولده الصغير ولا يملكان التوكيل به كما في السراج الوهاج، والاستقراض فإنه يباشره بنفسه لنفسه ولا يملك التوكيل به فيقع للوكيل؛ كذا ذكر الشارح. ولم يجب عنه والجواب منع عدم صحته به لما في الخانية: إن وكل بالاستقراض فإن أضاف الوكيل الاستقراض إلى الموكل كان للموكل وإلا كان للوكيل ا هـ. وفي البزازية: استقرض منه ألفاً وأمره أن يعطيه رسوله فلاناً

يبطل طرده قوله: **(لكن يرد عليه الأب والجد الخ)** وفي التبيين قبيل الغصب أنه يصح فلا يرد. قال شيخنا: ثم ظهر لي تسليم الورود وأنه لا مخالفة بين ما في السراج والتبيين، وذلك أن ما في السراج من أنه لا يملك تملك مال ولده بالتوكيل بشرائه أي قصداً، وما في التبيين إنما ملك تملكه لكونه في ضمن التوكيل ببيعه فملك الشراء من وكله بالبيع اهـ. فإن قال الأب لشخص وكلتك ببيع عبد ابني مني؛ كذا في حاشية أبي السعود قوله: **(والجواب منع عدم صحته به الخ)** قال في الحواشي اليعقوبية: ولا يرد الاستقراض لأن محل العقد من شروطه وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لأن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل، وهذا من باب التخلف المانع. وقيد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم، وعن أبي يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز فعلى هذا لا نقض به على مذهبه فليتأمل اهـ. وقال في أواخر الفصل التاسع والعشرين من كتاب نور العين جف: بعث رجلاً ليستقرضه فأقرضه فضاع في يده فلو قال أقرض للمرسل ضمن مرسله، ولو قال أقرضني للمرسل ضمن رسوله. والحاصل أن التوكيل بالإقراض جائز لا بالاستقراض، والرسالة بالاستقراض تجوز. ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القرض للآمر، ولو مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه يقع للوكيل وله منعه من أمره. يقول الحقير: إنما لم يجوزوا التوكيل بالاستقراض ظناً أنه لا محل فيه لعقد الوكالة، وقد أطال شراح الهداية الكلام في هذا المقام، وفي زمان تدريسي كنت كتبت في هذا المبحث رسالة طويلة الذيول لطيفة بحيث قبلها كثير من الفحول. وحاصلها أن محل العقد فيه عبارة الموكل كما في التوكيل بالنكاح ونحوه مما يكون فيه الوكيل سفيراً محضاً فلا بأس أصلاً في أن تسمى الرسالة بالاستقراض وكالة كما تسمى الرسالة بالنكاح ونحوه وكالة، ويؤيد ما ذكرناه ما قال الإمام الكاشاني في البدائع: ويجوز التوكيل في القرض والاستقراض. وما قال الإمام الزيلعي أيضاً في شرح الكنز: وعن أبي يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز لا يقال لو كان وكالة لما دفع للموكل فيما إذا أضافه إلى نفسه لأنا نقول: حال الوكالة بالشراء أيضاً كذلك لأن الوكيل بشراء شيء لا بعينه إذا اشتراه يكون هو له إلا أن ينوي الشراء لموكله إذ العقد إلى دراهم موكله كما ذكر في الهداية وغيرها والله تعالى أعلم اهـ

برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مدة السفر أو مريداً للسفر أو مخدرة

وزعم الإعطاء وأقر الرسول وأنكر المستقرض دفع القرض لا يلزم المستقرض شيء ا هـ. ثم قال بعده: صح التوكيل بالإقراض لا بالاستقراض. وفي القنية: التوكيل بالاستقراض لا يصح؛ والتوكيل بقبض القرض يصح بأن يقول لرجل أقرضني ثم يوكل رجلاً بقبضه يصح ا هـ. ولو قال المصنف «بكل ما يباشره» لكان أولى ليشمل العقد وغيره فكان يستغني عن أفراد بعض الأشياء.

قوله: **(وبالخصومة في الحقوق برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مدة السفر أو مريداً للسفر أو مخدرة)** أي وصح التوكيل بالخصومة بشرط رضا الخصم وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يجوز بغير رضاه ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم؛ لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون، وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك ومريده كهو لتحقيق الضرورة، والمخدرة لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها وهذا شيء استحسنه المتأخرون؛ كذا في الهداية. وظاهره أن المخدرة لا نص عليها في المذهب ولهذا قال في فتح القدير: أما على ظاهر إطلاق الأصل وغيره عن أبي حنيفة فلا فرق بين البكر والثيب والمخدرة والمبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك ا هـ. والخصومة الجدل، خاصمه مخاصمة وخصومة فخصمه يخصمه غلبه وهو شاذ لأن فاعلته ففعلته يرد يفعل منه إلى الضم إن لم تكن عينه حرف حلق فإنه بالفتح كفاخره ففخره يفخره، أما المعتل كوجدت وبعت فيرد إلى الكسر إلا ذوات الواو فإنها ترد إلى الضم كراضيته فرضوته أرضوه وخاوفني فخفته أخوفه، وليس في كل شيء يقال نازعته لأنهم استغنوا عنه بغلبته. واختصموا تخاصموا والخصم المخاصم والجمع الخصوم، وقد يكون للجمع والاثنين والمؤنث والخصم المخاصم والجمع خصماء؛ كذا في القاموس. هذا معناها لغة. وأما شرعاً فهو الجواب بنعم أو لا كما سيأتي. وفسرها في الجوهرة بالدعوى الصحيحة أو بالجواب الصريح. ولو وكله في الخصومة له لا عليه فله

قوله: **(وزعم)** أي المقرض وقوله «وأقر الرسول» أي بالقبض. رملي قوله: **(لا يلزم المستقرض شيء)** قال الرملي: وهل يلزم الرسول الجواب؟ لا لأنه أمين يقبل قوله في حق براءة نفسه لا في لزوم الدين ذمة المستقرض كرسول المديون بالدين إلى الدائن إذا أنكر وصوله إليه وادعى الرسول إيصاله إليه يقبل قوله في حق نفسه لا في حق براءة الدائن تأمل.

قوله: **(ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم)** قال في الجوهرة: يعني هل ترد الوكالة

....

إثبات ما للموكل، فلو أراد المدعى عليه الدفع لم تسمع؛ كذا في منية المفتي. والحاصل أنها تتخصص بتخصيص الموكل وتعمم بتعميمه، والألف واللام في الحقوق للجنس فشمل بعضاً معيناً وجميعها. وفي القنية: لو رضي ثم مضى يوم فقال لا أرضى له ذلك ا هـ. وذكره في شرح المجمع معزياً إليها. والتقييد باليوم اتفاقي وإنما المقصود أن له الرجوع عن الرضا ما لم يسمع القاضي الدعوى لما في القنية أيضاً: لو ادعى وكيل المدعي عند القاضي ثم أتى بشهود ليقيمها ولم يرض الخصم أي المدعي عليه بالوكيل ويريد أن يخاصم مع الخصم ليس له ذلك بعد سماع الدعوى على أصل أبي حنيفة. وفي البزازية: ولو وكله بكل حق هو له وبخصومته. في كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز ا هـ. وإذا وكله بقبض كل حق يحدث له والخصومة فيه جائز أمره فإنه يدخل فيه الدين والوديعة والعارية وكل حق ملكه الموكل، أما النفقة فمن الحقوق التي لا يملكها؛ كذا في الخزانة. وفي الولوالجية: وكله بالخصومة ولم يبين أي الخصومة لم تجز الوكالة لأنها تقع في الأجناس المختلفة.

وأطلق في الخصم فشمل الطالب والمطلوب كما شملهما الموكل، والشريف والوضيع كما في البزازية. وأطلق المريض وهو مقيد بما إذا كان لا يقدر على المشي على قدميه إلى مجلس القاضي مدعياً كان أو مدعى عليه، وإن قدر على الحضور على ظهر الدابة أو ظهر إنسان فإن زاد مرضه بذلك لزم توكيله، فإن لم يزد قيل على الخلاف والصحيح لزومه؛ كذا في البزازية. وفي الجوهرة: أما المريض الذي لا يمنعه من الحضور فهو كالصحيح ا هـ. وقيد بمدة السفر لأن ما دونها كالحاضر؛ كذا في الجوهرة. وفي المحيط: إن كان الموكل مريضاً أو مسافراً فالتوكيل منهما لا يلزم بدون رضا الخصم بل يقال للمدعي إن شئت جواب خصمك فاصبر حتى يرتفع العذر، وإن لم تصبر فسبيلك الرضا بالتوكيل فإذا رضي لزمه برضاه في ظاهر الرواية ا هـ. وهو خاص بتوكيل المدعى عليه كما لا يخفى وإرادة السفر أمر باطني فلا بد من دليلها وهو إما تصديق الخصم بها أو القرينة الظاهرة ولا يقبل قوله إني أريد السفر لكن القاضي ينظر في حاله وفي عدته فإنها لا تخفى هيئة من يسافر؛ كذا ذكره الشارح. وفي البزازية: وإن قال اخرج بالقافلة الفلانية سألهم عنه كما في فسخ الإجارة ا هـ. وفي خزانة المفتين: ولو قال إني أريد السفر يلزم منه التوكيل طالباً كان أو مطلوباً لكن يكفل المطلوب ليتمكن الطالب من استيفاء دينه، وإن كذبه الخصم في إرادته السفر يحلفه القاضي بالله أنك تريد السفر ا هـ. وأما المخدرة فهي في اللغة كما في القاموس من الخدر كالإخدار والتخدير بفتح الخاء إلزام البنت الخدر - بكسر الخاء - وهو ستر يمد للجارية في ناحية البيت وهي

برد الخصم؟ عند أبي حنيفة نعم، وعندهما لا ويجبر، واختاره أبو الليث للفتوى اهـ.

. . . .

مخدورة ومخدرة ا هـ. وفي الشرع هي التي لم تجر عادتها بالبروز ومخالطة الرجال. قال الحلواني: والتي تخرج في حوائجها برزة. وقال البزدوي: من لا يراها غير المحارم مخدرة إذا لم تخالط الرجال على ما ذكره في الفتاوى. وكلام الحلواني على هذا محمول على المخالطة بالرجال ولو اختلفا في كونها مخدرة، فإن كانت من بنات الأشراف فالقول لها بكراً أو ثيباً لأنه الظاهر من حالها وفي الأوساط قولها لو بكراً، وفي الأسافل لا يقبل قولهما في الوجهين. والخروج للحاجة لا يقدح فيه ما لم يكثر بأن تخرج لغير حاجة؛ كذا في البزازية. وأشار المؤلف بقبول توكيل المخدرة إلى أن الطالب ليس له مخاصمة زوجها ولكن لا يمنعه الزوج من الخصومة مع وكيل امرأته أو معها؛ كذا في خزانة المفتين. وفيها: امرأة وكلت وكيلاً بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث إليها الحاكم ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على حلفها أو نكولها ا هـ. ومراد المؤلف من الاستثناء استثناء الموكل إذا كان له عذر ولا يختص بالأربعة فشمل حيض المدعى عليها إذا كان الحكم في المسجد؛ كذا ذكره الشارح وهو مقيد بما إذا كان الطالب لا يرضى بالتأخير فيما إذا كان الحكم في غير المسجد، وأما إذا رضي به فلا يكون عذراً، وأما حيض الطالبة فهو عذر مطلقاً والنفاس كالحيض؛ كذا في خزانة المفتين. ومن العذر الحبس إذا كان من غير القاضي الذي ترافعوا إليه؛ ذكره الشارح. وفي البزازية: وكونه محبوساً من الأعذار يلزمه توكيله. فعلى هذا لو كان الشاهد محبوساً له أن يشهد على شهادته. قال القاضي: إن كان في سجن القاضي لا يكون عذراً لأنه يخرجه حتى يشهد ثم يعيده، وعلى هذا يمكن أن يقال في الدعوى أيضاً كذلك بأن يجيب عن الدعوى ثم يعاد ولو مدعياً يدعي إن لم يؤخر دعواه ثم يعاد ا هـ.

ثم اعلم أن المؤلف اختار قول الإمام كما هو دأبه، وقد اختلف ترجيح المشايخ فأفتى الفقيه بقولهما. وقال الغياثي: وهو المختار وبه أخذ الصفار أيضاً. وفي خزانة المفتين: المختار قولهما والشريف وغيره سواء. وفي النهاية: والصحيح قولهما. وقال الحلواني: يخير المفتي قال: ونحن نفتي أن الرأي للحاكم. وفي البزازية: ومن المعلوم المقرر أن تفويض الخيار إلى قضاة عهد الفساد كما هو المقرر من أن علمهم ليس بحجة. قال شمس الأئمة:

قوله: **(وهو مقيد بما إذا كان الطالب لا يرضى بالتأخير الخ)** قال في الجوهرة: إن كانت هي طالبة قبل منها التوكيل بغير رضا الخصم، وإن كانت مطلوبة إن أخرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد لا يقبل منها التوكيل بغير رضا الخصم الطالب لأنه لا عذر لها إلى التوكيل اهـ. وقول المؤلف «فيما إذا كان الخ» محرف تأمل قوله: **(كما هو المقرر)** قال الرملي: هو خبران أي المقرر في هذا مثل المقرر في ذلك وفي نسخة «قضاة العهد فساد» ففساد خبران وقوله «كما هو المقرر» تشبيه

وبإيفائها واستيفائها إلا في حد وقود والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع

الصحيح أنه إذا علم من الآبي التعنت في إباء الوكيل يفتي بالقبول، وإن علم منه قصده الإضرار بالحيل كما هو صنيع وكلاء المحكمة لا يقبل، وغرض من فوض الخيار إلى القاضي من القدماء كأن هذا لما علموا من أحوال قضاتهم الدين والصلاح ا هـ. وفي غاية البيان: الأولى أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه عندنا وعند العامة. وقال البعض: الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضي من علامات المنافقين والجواب الرد من المنافقين والإجابة من المؤمنين اعتقاداً ا هـ. وفي خزانة المفتين: وإذا وكله بالخصومة عند القاضي فلان كان للوكيل أن يخاصمه إلى قاضٍ آخر، ولو وكله بالخصومة إلى فلان الفقيه لم يكن له أن يخاصمه إلى فقيه آخر ا هـ. وأطلق الوكيل بها فشمل الصبي العاقل كما في منية المفتي، وعبد المولى في خصومته لما في الخزانة: عبد في يد رجل فقال كنت عبداً لفلان ولدت في ملكه وقد وكلني بخصومتك في نفسي ليس لمولاه أن يمنعه إذا كان للعبد بينة على الوكالة، ولو قال باعني منك ولم يقبض الثمن فوكلني بقبض الثمن منك فلمولاه أن يمنعه من الخصومة ا هـ. والقاضي ولو عزل عن القضاء يبقى على وكالته كما في قضاء الخزانة. ومن أحكام الوكيل بالخصومة أن الحق إذا ثبت على موكله لم يلزمه ولا يحبس عليه ولو كان وكيلاً عاماً لأنها لم تنتظم الأمر بالأداء ولا الضمان كما في الخزانة. ثم اعلم أن طريق إثبات الوكالة بالخصومة أن يشهدوا بها على غريم الموكل، سواء كان منكراً للوكالة أو مقراً بها ليتعدى إلى غيره كما في الخزانة، ولا تقبل الشهادة على المال حتى تثبت الوكالة. وفي القنية: لا تقبل من الوكيل بالخصومة بينة على وكالته من غير خصم حاضر ولو قضى بها صح لأنه قضاء في المختلف ا هـ.

قوله: **(وبإيفائها واستيفائها إلا في حد وقود)** أي يصح التوكيل بإيفاء جميع الحقوق واستيفائها إلا بالحدود والقصاص لأن كلاً منها يباشره الموكل بنفسه فيملك التوكيل به بخلاف الحدود والقصاص فإنها تندرئ بالشبهات. والإيفاء من أوفيت به إيفاء وأوفيته حقه

هذه المسألة بتلك المسألة فتأمل قوله: **(لم يكن له أن يخاصمه إلى فقيه آخر)** كان وجهه أنه جعل هذا الفقيه حكماً فلا يكون الآخر حكماً بدون أمره بخلاف القاضي الآخر فإن ولايته ثابتة وإن لم يأمر تأمل. قوله: **(والقاضي)** معطوف على «الصبي» قوله: **(ثم اعلم أن طريق إثبات الوكالة الخ)** قال قاضيخان: وكله بقبض فأقر المديون بوكالته وأنكر الدين فبرهن عليه الوكيل لا يقبل إذ البينة لا تقبل إلا على خصم، وبإقرار المديون لم تثبت الوكالة فلم يكن خصماً ألا ترى أنه لو أقر بالوكالة فقال الوكيل إني أبرهن على وكالتي مخافة أن يحضر الطالب وينكر الوكالة تقبل بينته ولو قامت على المقر، وكذا وصي أقر المديون بوصايته وأنكر الدين فأثبت الوصي وصايته ببينة تقبل، وكذا من ادعى ديناً على الميت وأحضر وارثاً فأقر الوارث بالدين فقال المدعي أنا أثبت ببينة فبرهن يقبل. نور العين.

....

وفيته إياه بالتثقيل؛ كذا في المصباح. والمراد به هنا دفع ما عليه والاستيفاء والتوفي بمعنى واحد كما في المصباح. والمراد به هنا القبض فكأنه يقول صح التوكيل بدفع ما عليه ويقبض ماله. أما الأول فمن مسائله قالوا: لو وكله بقضاء الدين فجاء الوكيل وزعم قضاءه وصدقه موكله فيه فلما طالبه وكيله برد ما قضاه لأجله قال الموكل أخاف أن يحضر الدائن وينكر قضاء وكيلي ويأخذه مني ثانياً لا يلتفت إلى قول الموكل ويؤمر بالخروج عن حق وكيله، فإذا حضر الدائن وأخذ من الموكل يرجع الموكل على الوكيل بما دفعه إليه وإن كان صدقه بالقضاء. وفي كتاب الحوالة: أمره بقضاء دينه فقال قضيت وصدقه الآمر فيه ثم حلف الدائن على عدم وصوله إليه وأخذه من الآمر لا يرجع المأمور على الآمر لأن الآمر كذب في إقراره حيث قضى عليه بالدين لأن الإقرار إنما يبطل بالحكم على خلافه إذا كان الحكم بالبينة أما بغيرها فلا، والصحيح أنه يعلل لعدم رجوع المأمور على الآمر بأن المأمور وكيل بشراء ما في ذمة الآمر بمثله ونقد الثمن من مال نفسه وإنما يرجع على الآمر إذا سلم له ما في ذمته كالمشتري إنما يؤمر بتسليم الثمن إلى الآمر إذا سلم للآمر ما اشترى، أما إذا لم يسلم فلا. وذكر القدوري أن رب الدين يرجع على المأمور والمأمور يرجع على المديون بما قضى. قال قضيت دينك بأمرك لفلان فأنكر كونه مديون فلان وأمره وقضاه أيضاً والدائن غائب فبرهن المأمور على الدين والأمر والقضاء يحكم بالكل لأن الدائن وإن كان غائباً لكنه عنه خصم حاضر فإن المدعي على الغائب سبب لما يدعي على الحاضر لأنه ما لم يقض دينه لا يجب له عليه شيء وبينهما اتصال أيضاً وهو الأمر ويعد السببية والاتصال ينتصب خصماً، ولو قال لا تدفع الدين إلا بمحضر فلان ففعل بلا محضره ضمن؛ كذا في البزازية: ولو ادعى الوكيل أنه دفع بمحضره أو قال لا تدفع إلا بشهود فادعى دفعة بشهود وأنكر الدائن القبض حلف الوكيل أنه دفع بشهود، فإذا حلف لم يضمن؛ كذا في كافي الحاكم. ولو قال ادفعه بشهود فدفع بغيرهم لم يضمن. وأما الثاني أعني الوكيل بقبض الدين فيقبل قوله في قبضه وضياعه ودفعه إلى الموكل ويبرأ الغريم ولو كان ممن لا تقبل شهادته للوكيل بخلاف إقراره بقبض الطالب، ولو وجب على الوكيل بالقبض مثله لمديون موكله وقعت المقاصة وكان الوكيل مديون الموكل.

قوله: **(فمن مسائله قالوا لو وكله بقضاء الدين)** أي وكله بأن يدفع الوكيل من مال نفسه إلى دائن الموكل، وكذا في المسألة الآتية عن كتاب الحوالة، أما لو دفع إليه دراهم وقال له اقض بها ديني الذي لزيد فادعى الوكيل الدفع إلى زيد الدائن وكذبه كل من الموكل والدائن فالقول للوكيل في براءة نفسه بيمينه، والقول للدائن في إنكاره القبض بيمينه أيضاً كما في فتاوى قارئ الهداية قوله: **(لا يرجع المأمور على الآمر)** أي لا يرجع بما قضاه بمال نفسه قوله: **(ولو قال لا تبع إلا بمحضر فلان الخ)** قال في التتارخانية في أواخر الفصل الحادي عشر عازياً للمحيط: نوع آخر فيما إذا حصل التوكيل

....

ولا يملك الوكيل بقبضه الإبراء والهبة وأخذ الرهن وملك أخذ الكفيل بخلاف الوكيل بالبيع حيث ملك الكل، وليس للوكيل بالقبض قبول الحوالة، ويصح التوكيل بالقبض والقضاء بلا رضا الخصم، ولا ينعزل بموت المطلوب وينعزل بموت الطالب، فلو زعم الوكيل قبضه وتسليمه إلى الطالب حال حياته لم يصدق بلا حجة، فإن احتال الطالب بالمال بعد التوكيل على إنسان ليس للوكيل أن يطالب المحيل والمحتال، فلو توى المال على المحال عليه وعاد الدين على المحيل فالوكيل يملك الطلب، ولو كان بالمال كفيل أو أخذ الطالب كفيلاً بعد التوكيل ليس للوكيل أن يتقاضى الكفيل وللوكيل بالقبض قبض بعضه إلا إذا نص على أن لا يقبض إلا الكل معاً. ا هـ ما في البزازية. والحاصل أن الوكيل بقبض الدين يخالف الوكيل بالبيع وقبض الثمن في مسائل، فلو كفل الوكيل بقبض الثمن المشتري صحت، ولو كفل الوكيل بالبيع لم تصح كما في الخانية. وتقبل شهادة الوكيل بقبض الدين به على المديون كما في شهادات البزازية بخلاف الوكيل بالبيع، ولو باع الوكيل وقبض الثمن ثم رد المبيع بعيب بعد ما دفع الثمن للموكل فللمشتري مطالبة الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لا مطالبة عليه كما في القنية. ولا يصح إبراء الوكيل بالقبض ولا حطه ولا أخذه الرهن ولا

بشرط ما يجب اعتباره وما لا يجب الأصل في هذا النوع إن الموكل إذا شرط على الوكيل شرطاً مفيداً من كل وجه بأن كان ينفعه من كل وجه فإنه يجب على الوكيل مراعاة شرطه، أكده بالنفي أو لم يؤكده. بيانه فيما إذا قال بعه بخيار فباعه بغير خيار لا يجوز، وإن شرط في العقد شرطاً لا يفيد أصلاً بأن كان لا ينفعه بوجه بل يضره لا يجب على الوكيل مراعاته، أكده الموكل بالنفي أو لم يؤكده. بيانه فيما إذا قال بعه بألف نسيئة أو قال لا تبعه إلا بألف نسيئة فباعه بألف نقداً يجوز على الآمر، فإذا شرط شرطاً يفيد من وجه ولا يفيد من وجه بأن كان ينفع من وجه ولا ينفع من وجه، إن أكده بالنفي يجب مراعاته، وإن لم يؤكده لا يجب مراعاته بيانه فيما إذا قال بعه في سوق كذا فباعه في سوق آخر، فإن لم يؤكده بالنفي بأن لم يقل إلا في سوق كذا فباعه في سوق آخر ينفذ على الآمر، وإن أكده بالنفي لا ينفذ على الآمر اهـ. وتمام التفاريع فيها فراجعها قوله: **(فلو زعم الوكيل قبضه وتسليمه إلى الطالب الخ)** قال في الأشباه: كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع والوكيل والناظر إلا في الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه له في حياته لم يقبل إلا ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين، والفرق في الولوالجية اهـ. وأقول: تعقبه الشرنبلالي أخذاً من كلام الولوالجية وغيرها من كتب المذهب بأن دعوى الوكيل الإيصال تقبل لبراءته بكل حال، وأما سراية قوله على موكله ليبرأ غريمه فهو خاص بما إذا ادعى الوكيل حال حياة موكله، وأما بعد موته فلا تثبت براءة الغريم إلا ببينة أو تصديق الورثة إلى آخر ما ذكره في الرسالة المسماة بمنة الجليل في قبول قول الوكيل؛ كذا في حاشية أبي السعود. قلت: وللعلامة المقدسي أيضاً رسالة في هذه المسألة ذكرها الشرنبلالي في مجموعة رسائله عقب الرسالة التي ألفها واستشهد بها على

والإجارة والصلح عن إقرار تتعلق بالوكيل إن لم يكن محجوراً كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب والملك يثبت للموكل

تأجيله ولا قبول الحوالة بخلاف الوكيل بالبيع. وقوله «إلا في حد وقود» استثناء منهما لكن في الإيفاء على إطلاقه، وفي الاستيفاء مقيد بما إذا كان الموكل غائباً، وأما إذا كان حاضراً وأمر باستيفائه فإنه يجوز؛ كذا في شرح الطحاوي. وعلله في غاية البيان باحتمال العفو المندوب إليه بخلاف حال حضرته لانعدام الشبهة، وبخلاف حال غيبة الشهود حيث يستوفيان حال غيبتهم وإن كان رجوعهم محتملاً لأن الظاهر عدمه احترازاً عن الكذب والفسق. ولم يذكر المؤلف التوكيل بإثباتهما لدخولهما تحت قوله وبالخصومة في الحقوق لأن التوكيل بإثباتهما هو التوكيل بالخصومة فيهما. واختلف فيه فما ذكرناه من الجواز قول الإمام، وخالف أبو يوسف نظراً إلى مجرد النيابة، ورد عليه بأنه لا تأثير لها وإلا لم يجز حكم نائب القاضي فيهما، وقول محمد مضطرب وعلى هذا الاختلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه. وفي غاية البيان: ولكن لا يصح إقرار الوكيل على موكله بأن قال قتل موكلي القتيل الذي يدعيه الولي لشبهة عدم الأمر بذلك.

قوله: **(والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة والصلح عن إقرار تتعلق بالوكيل إن لم يكن محجوراً كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب)** لأن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدمياً، وكذا حكماً لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان سفيراً عنه ما استغنى عن ذلك كالرسول، وإذا كان كذلك كان أصيلاً في الحقوق فتتعلق به. وفي النهاية:

ما ادعاه فارجع إلى تلك الرسالتين فقد أشبعا الكلام فيهما جزاهما الله تعالى خيراً قوله: **(والمراد بقوله فيما يضيفه الوكيل الخ)** أقول قال الغزي: وفي المجتبى قلت: كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه أراد به أن تصح إضافته إلى نفسه ويستغنى عن إضافته إلى الموكل لا أنه شرط، ولهذا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء إلى الموكل صح بالإجماع. وقوله «وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح» مراده أنه لا يستغنى عن الإضافة إلى موكله حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح، فلفظ الإضافة واحد ومراده مختلف اهـ. وهذا شاهد لما فهمه شارح المجمع اهـ. خير الدين، فقد أفاد أن ما ذكره شارح المجمع أوجه وأن في قوله «لا بد من إضافته الخ» نظراً كما أفاده العلائي في شرح التنوير، ولا حاجة إلى إخراج العبارة عن ظاهرها تأمل. وقد ذكر الرملي مثل ما في المجمع في حاشية تأتي بعد أوراق كذا بخط منلاعلي التركماني. قلت: وما ذكره شارح المجمع عزاه للفصول فليتأمل في التوفيق بينه وبين ما في البزازية والخلاصة، ويمكن أن يقال إن ما في شرح المجمع مقيد بما إذا أجاز الموكل العقد فلا ينافي ما ذكره الصفار، وإذا صح هذا التوفيق ظهر الجواب عما نقل عن المقدسي من قوله ثم إذا أجاز الموكل ذلك هل ترجع الحقوق إلى الوكيل لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة اهـ. وهذا التعليل

. . . .

حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حانثاً ا هـ. والمراد بقوله فيما يضيفه الوكيل في كل عقد لا بد من إضافته إليه لينفذ على الموكل، وليس المراد ظاهر العبارة من أنه قد يضيفه وقد لا يضيفه فإن أضافه إلى نفسه تتعلق بالوكيل وإن أضافه إلى موكله تتعلق بالموكل كما فهمه ابن الملك في شرح المجمع لما في الخلاصة والبزازية: وكيل شراء العبد جاء إلى مالكه فقال بعت هذا العبد من الموكل وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لأنه خالف حيث أمره أن لا ترجع إليه العهدة وقد رجع قال أبو القاسم الصفار: والصحيح أن الوكيل يصير فضولياً ويتوقف العقد على إجازة الموكل ا هـ. وفي الجوهرة: وكله بالبيع والشراء على أن لا تتعلق به الحقوق لا يصح هذا الشرط. وقيد بالوكيل لأن الرسول لا ترجع الحقوق إليه، ولو ادعى أنه رسول وقال البائع إنه وكيل وطالبه بالثمن فالقول للمشتري والبينة على البائع؛ إليه أشير في بيوع الخانية. وشرطه الإضافة إلى مرسله لما في البزازية: والرسول في البيع والطلاق والعتاق والنكاح إذا أخرج الكلام مخرج الوكالة بأن أضاف إلى نفسه بأن قال طلقتك وبعتك وزوجت فلانة منك لا يجوز لأن الرسالة لا تتضمن الوكالة لأنها فوقها، وإن أخرج مخرج الرسالة جاز بأن يقول إن مرسلي يقول بعت منك ا هـ. وفي المحيط: الوكيل بشراء شيء بعينه يقع العقد والملك للموكل وإن لم يضف

مؤيد للتوفيق والله تعالى أعلم. وفي حاشية أبي السعود: وتعبير ابن الكمال بقوله «يكتفي بالإضافة إلى نفسه» صريح في أن إضافته إلى نفسه ليس بلازم فيتجه ما ذكره ابن الملك، ويسقط ما اعترضه في البحر، وما في الخلاصة وَالبزازية لا ينافي جواز الإضافة إلى كل منهما وإن كان اللزوم على الموكل فيما إذا لم يضف الوكيل العقد إلى نفسه بأن أضافه إلى الموكل يتوقف على صدور الإجازة منه. ثم رأيت في الزيلعي من باب الوكالة بالبيع والشراء التصريح بعدم اللزوم حيث قال في شرح قول المصنف «ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه» ما نصه: بخلاف ما لو وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل، وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى أحد، فكل شيء أتى به لا يكون مخالفاً الخ. فهو صريح فيما ذكره ابن ملك، وصريح أيضاً في أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل لا يكون مخالفاً ويلزمه العقد ولا يتوقف على إجازته خلافاً لما سبق على الخلاصة والبزازية اهـ. ملخصاً. أقول وفي نور العين رامزاً للجامع الأصغر: أمره بشراء قن بألف فقال مالكه بعت قني هذا من فلان الموكل فقال الوكيل قبلت لزم الوكيل إذا أمره الوكيل أن يقبل عن نفسه ليلزم العهدة على الوكيل فخالف بقبوله على موكله. قاضيخان: فيه نظر وينبغي أن يلزم الموكل أو يتوقف على إجازته إذ الوكيل لما خالف صار كأن البائع قال ابتداء بعت عبدي من فلان بكذا، وقال الوكيل قبلت يتوقف على إجازة الموكل ولا يصير الوكيل مشترياً لنفسه يقول الحقير أصاب في إيراد النظر لكنه أهمل جانب قوله يلزم الموكل حيث لم يعلله بل أفاد بما ذكره

....

العقد إليه إلا إذا وكل العبد في شراء نفسه له من مولاه. وأطلق في الوكيل فشمل ما إذا كان حاضراً وما إذا كان غائباً لما في الفتاوى الصغرى: لا تنتقل الحقوق إلى الموكل فيما يضاف إلى الوكيل ما دام الوكيل حياً وإن كان غائباً ا هـ.

وفي المحيط: الوكيل بالبيع باع وغاب لا يكون للموكل قبض الثمن وما إذا مات الوكيل لما في البزازية: إن مات الوكيل عن وصي قال الفضلي: تنتقل الحقوق إلى وصية لا الموكل، وإن لم يكن وصي يرفع إلى الحاكم ينصب وصياً عند القبض وهو المعقول، وقيل ينتقل إلى موكله ولاية قبضه فيحتاط عنده الفتوى ا هـ. وما إذا كان الموكل حاضراً وقت عقد الوكيل وما إذا كان غائباً لما في الخلاصة: والوكيل لو باع بحضرة الموكل فالعهدة على الوكيل وحضرة الموكل وغيبته سواء، ولو وكل الوكيل بغير إذن وتعميم فباع بحضرة الوكيل الأول جاز والعهدة على الوكيل الثاني ا هـ. وقوله «إن لم يكن محجوراً» شامل للحر الذي لم يحجر عليه بسفه والعبد المأذون والصبي المأذون، ولم يذكر شارحو الهداية المحجور عليه بالسفه هنا

من تعليل التوقف على الإجازة أنه لا يلزم الموكل بل يتوقف فبين كلاميه تنافٍ غير خاف على ذي فهم صاف. ثم إن الظاهر أنه لا يتوقف بل يلزم الموكل لما مر في شراء الفضولي نقلاً عن (شحى) أن الفضولي لو شرى شيئاً وأضاف عقد الشراء إلى من شرى له بأن قال لبائعه بعه من فلان وقبله له يتوقف على فلان، ولو قال شريته لفلان فقال بائعه بعت أو قال بعته منك لفلان فقال المشتري قبلت نفذ على نفسه ولم يتوقف. وهذا لو لم يسبق من فلان التوكيل ولا الآمر، فلو سبق أحدهما فشرى الوكيل نفذ على موكله وإن أضاف الوكيل الشراء إلى نفسه وعلى الوكيل العهدة اهـ. يقول الحقير: وظهر بقوله «وعلى الوكيل العهدة» أن الوكيل لم يخالف موكله كما ظنه الإمام قاضيخان تبعاً لصاحب الجامع الأصغر. غاية ما في الباب أن يكون في المسألة روايتان أو يكون أحد ما ذكر في شرح الطحاوي وفتاوى قاضيخان غير صواب كما لا يخفى على ذوي الألباب اهـ. ومراده بما في شرح الطحاوي ما رمزه بقوله (شحى) وهو موافق لما مر عن الزيلعي فتأمل في هذا المحل فإنه من مداحض الأقدام والله تعالى أعلم بالصواب. قوله: **(وأطلق في الوكيل فشمل ما إذا كان حاضراً وما إذا كان غائباً)** قال في منح الغفار: وفي الخلاصة: والوكيل لو باع بحضرة الموكل فالعهدة على الوكيل وحضرة الموكل وغيبته سواء، وفي الجوهرة: الوكيل بالبيع إذا باع والموكل حاضر تكون العهدة على الوكيل أو على الموكل قال: العهدة على من أخذ منه الثمن لا على من باشر العقد. هذا هو الصحيح من الأقاويل فإن القاضي الإمام شيخ الإسلام أبي المعالي ذكر في مختصره أن العهدة على الموكل لأنه إذا كان حاضراً كان كالمباشر بنفسه فعليه العهدة. وذكر في الفتاوى الصغرى أن العهدة على الوكيل وحضرة الموكل وغيبته سواء، والجواب المعتمد ما ذكرنا أولاً اهـ قوله: **(وهو المعقول)** قال الرملي: وسيجزم ـ أعني البزازي ـ بما هو المعقول كما في هذا الشرح منقول آخر هذه المقولة وسيصرح هذا الشارح بأنه أفتى به بعد ما احتاط والله تعالى أعلم.

....

وإنما زدته هنا لدخوله تحت المحجور عليه في كلامهم، ولقول قاضيخان في الحجر إن المحجور عليه بالسفه بمنزلة الصبي إلا في أربعة فلا تلزمه عهده كهو، وظاهر كلام المصنف أن العهدة على المأذون مطلقاً. وفصل في الذخيرة بين أن يكون وكيلاً بالبيع فالعهدة عليه سواء باع بثمن حال أو مؤجل، وبين أن يكون وكيلاً بالشراء فإن كان بثمن مؤجل فهي على الموكل لأنه في معنى الكفالة، وإن كان بثمن حال فهي على الوكيل لكونه ضمان ثمن ا هـ. وخالف في الإيضاح فيما إذا اشترى بثمن مؤجل فجعل الشراء له لا للموكل لأن الشراء للموكل والعهدة عليه كما في الذخيرة وإيضاحه في الشرح. وقيد بقوله «إن لم يكن محجوراً لأن المحجور تتعلق الحقوق بموكله كالرسول والقاضي وأمينه ولو قبضه مع هذا صح قبضه لأنه هو العاقد فكان أصيلاً فيه، وانتفاء اللزوم لا يدل على انتفاء الجواز. ثم العبد إذا عتق تلزمه تلك العهدة والصبي إذا بلغ لا تلزمه لأن المانع المولى مع أهليته وقد زال وفي الصبي حق نفسه ولا يزول بالبلوغ، ولو وقع التنازع في كونه محجوراً أو مأذوناً حال كونه وكيلاً لم أره. وفي الخانية من الحجر: عبد اشترى من رجل شيئاً فقال البائع لا أسلم إليك المبيع لأنك محجور وقال العبد أنا مأذون كان القول قول العبد، فإن أقام البائع بينة على أن العبد أقر أنه محجور قبل أن يتقدم إلى القضاء بعد الشراء لم تقبل بينته. ثم قال: عبد باع من رجل شيئاً ثم قال هذا الذي بعتك لمولاي وأنا محجور وقال المشتري بل أنت مأذون كان القول قول المشتري ولا يقبل قول العبد ا هـ.

وحاصلهما أن القول لمن يدعي الإذن لأن الأصل النفاذ وإقدامهما يدل عليه، ومن هنا يقع الفرق بينهما وبين ما إذا كان وكيلاً فإن النفاذ حاصل بدون الإذن ولزوم العهدة شيء آخر فينبغي أن يقبل قول العبد أنه محجور عليه لتنتفي العهدة عنه. وشمل كلامه المرتد فإن العهدة عليه لكن موقوفة عند الإمام فإن أسلم كانت عليه وإلا فعلى الموكل، وعندهما هي عليه مطلقاً وهي معروفة. وظاهر كلام المصنف أن للوكيل بالإجارة قبض الأجرة وعليه تسليم العين إلى المستأجر، وفي منية المفتي خلافة قال الوكيل بالإجارة ليس له قبض الأجرة وحبس المستأجر به ولو وهب الأجرة قبل القبض جاز إن لم يكن شيئاً بعينه ا هـ. وهو سبق قلم والصواب ما في كافي الحاكم أن للوكيل بالإجارة المخاصمة في إثباتها وقبض الأجرة وحبس المستأجر به فإن وهب الأجر للمستأجر أو أبرأه جاز إن لم يكن بعينه ويضمنه وإن

قوله: **(وفي منية المفتي خلافه)** قال الغزي قلت: وصرح في السراجية بما عن منية المفتى والله تعالى أعلم. خير الدين الرملي قوله: **(والصواب ما في كافي الحاكم الخ)** أقول: نقل في الفصل السادس والعشرين من التتارخانية ما في الكافي عن نص الإمام محمد رحمه الله تعالى فالظاهر أن لفظه ليس في عبارة المنية من سهو الناسخ تأمل.

....

بعينه لا. وإن ناقض الوكيل المستأجر الإجارة قبل أن يعمل فيها شيئاً جازت ديناً كان الأجر أو عيناً وبرئ المستأجر إلا أن يكون الوكيل قبض الأجر ا هـ. وعلى هذا يطالب الوكيل بالاستئجار بالأجرة كالوكيل بالشراء. وأطلق في تسليم المبيع فشمل ما إذا قبض الوكيل الثمن أو لا، وما إذا قال له الموكل لا تدفع المبيع بعد البيع حتى تقبض الثمن فدفع الوكيل قبل قبض الثمن جاز عندهما خلافاً لأبي يوسف وهي مسألة الوكيل إذا أقال؛ كذا في الخلاصة. وفي القنية: لو نهاه عن تسليم المبيع حتى يقبض الثمن كان باطلاً ا هـ. وفي البزازية: وهذا إذا كان المبيع في يد الوكيل، فلو كان في يد الموكل وأبى الدفع قبل قبض ثمنه له ذلك، وإن باعه نسيئة وأبى الموكل من دفعه قبل قبضه يجبر عليه، وإن كان في يد الوكيل وأخذه الموكل وأراد أن لا يدفع قبل بقبض الثمن فأخذه الوكيل من بيته وهلك في يد الوكيل أن الأخذ بعد البيع لا يضمن، وإن قبله وقد نهاه عن القبض يضمن، ولو لم يهلك حتى باعه جاز، فإن مات قبل أن يسلم إلى المشتري انفسخ البيع ا هـ. وقيدنا بالنهي عن تسليم المبيع، سواء كان قبل بيعه أو بعده، لأنه لو نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن لم يجز بيعه حتى يقبض الثمن من المشتري ثم يقول بعتك بهذه الدراهم التي قبضت منك كذا في البزازية. وأشار المؤلف من كونه أصيلاً في تسليم المبيع إلى أن الوكيل بالشراء يطالب بالثمن وإن لم يقبضه من الموكل، وإلى أن وكيل البيع لو دفع المبيع إلى دلال ليعرضه على من يرغب فيه فغاب أو ضاع في يده لم يضمن لكن المختار الضمان كما في البزازية لكونه دفع ملك الغير بغير إذنه وإن كان أصيلاً في الحقوق. وفي البزازية: وكيل البيع قال بعته وسلمته من رجل لا أعرفه وضاع الثمن قال القاضي: يضمن لأنه لا يملك التسليم قبل قبض ثمنه

قوله: **(لكن المختار الضمان)** أقول: ينبغي تقييده بما إذا لم تكن العادة جارية في ذلك، أما إذا كان شيئاً لا يبيعه الوكيل بنفسه بل يدفع في العادة إلى دلال ليعرضه على البيع لا يضمن لأنه بمقتضى العادة يكون مأذوناً بذلك. وفي الفتاوى الخيرية سئل فيما إذا جرت عادة التجار أن يبعث بعضهم إلى بعض بضاعة يبيعها ويبعث بثمنها مع من يختاره ويعتقد أمانته من المكارية بحيث اشتهر ذلك بينهم اشتهاراً شائعاً فيهم، وباع المبعوث إليه البضاعة المبعوثة في مدينته وأرسل مع من اختاره منهم لباعثها ثمنها على دفعات متعددة حسبما تيسر له وأنكر المبعوث إليه بعض الدفعات، هل يكون القول قول باعث الثمن بيمينه وإن لم يعلم تفاصيل ذلك لطول المدة، أم لا بد له من البينة؟ أجاب: القول قوله بيمينه إذ له بعثه مع من يختاره ويراه أميناً لأنه أمين لم تبطل أمانته والحالة هذه بالإرسال مع من ذكر، وقد ذكر الزاهدي رامزاً (بخ) لبكر خواهرزاده: جرت عادة حاكة الرستاق أنهم يبعثون الكرابيس إلى من يبيعها لهم في البلد ويبعث بأثمانها إليهم بيد من شاء ويراه أميناً، فإذا بعث البائع ثمن الكرابيس بيد شخص ظنه أميناً وأبق ذلك الرسول لا يضمن الباعث إذا كانت هذه العادة

. . . .

والحكم صحيح والعلة لا لما مر أن النهي عن التسليم قبل قبض ثمنه لا يصح فلما لم يعمل النهي عن التسليم فلأن لا يكون ممنوعاً عن التسليم أولى، وهذه المسألة تخالف مسألة القمقمة ا هـ. قلت: مراد القاضي أنه لا يملك التسليم ممن لا يعرفه لا مطلقاً فصح التعليل أيضاً، واستفيد من قوله «وقبض الثمن» أنه لو ضمن الوكيل الثمن لم يصح ضمانه. ولو أحال المشتري الموكل على وكيله به بشرط براءة المشتري لم يصح، ولو أحال الوكيل موكله بالثمن على المشتري صحت وهي وكالة لا حوالة لأنه لا شيء للموكل على وكيله، وأن الوكيل لو منع المشتري من دفع الثمن إلى موكله صح وله الامتناع عن الدفع إليه ولكن لو دفع إليه صح وبرئ استحساناً، وأنه يصح إبراء الوكيل وحوالته على الإملأ والمماثل والأدون وإقالته وحطه وتأجيله والتجوز بدون حقه عندهما ويضمن خلافاً للثاني. هذا قبل قبضه، أما بعد قبضه لا يملك الحط والإبراء والإقالة، وبعد ما قبل بالثمن حوالة لا يصح كما بعد الاستيفاء، والوكيل بالإجارة إذا فسخها بعدها صح لا بعد مضي المدة، وبعد قبض الأجرة ديناً كان أو عيناً لا يصح الفسخ، وأن الوكيل لو وكل موكله بقبض الثمن صح وله عزله إلا إذا خاصم الموكل معه في تأخيره المطالبة فألزم القاضي الوكيل أن يوكل موكله لا يملك عزله.

ومن أحكامه أن وكيل البيع لا يطالب بالثمن من مال نفسه بخلاف الوكيل بالشراء، ولا يجبر على التقاضي لأنه متبرع بخلاف الدلال والسمسار والبياع لأنهم يعلمون بالأجر ويقال للوكيل أحل الموكل على المشتري وحق القبض للوكيل، ولو قبضه الموكل صح إلا في الصرف فإنه لا يجوز قبضه إلا للوكيل لأن القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول، وأن للوكيل أن يوكل بقبض الثمن ومقتضاه أنه لو هلك في يد الثاني لم يضمنا لكن في المنتقى: وكل آخر بقبض الثمن بلا أمر الآمر وهلك في يده قال الإمام: يضمن الوكيل لا القابض. وما ذكرته من الأحكام المفرعة على قبض الثمن كلها من البزازية وفيها: وكله بالبيع بشرط أن لا يقبض الثمن فالنهي باطل. وفي المحيط: كتب الوكيل الصك باسم رب العبد لا يسقط حقه في قبضه الثمن وله أن يقبض إلا أن يقر الموكل بقبضه لأنه بالكتابة لم يخرج عن كونه وكيلاً ا هـ. وفيها: لو مات الموكل أو جن بعد البيع بقي للوكيل حق قبض الثمن. وقوله «والرجوع بالثمن عند الاستحقاق» شامل للمسألتين: الأولى ما إذا كان الوكيل بائعاً وقبض الثمن من

معروفة عندهم. قال أستاذنا رحمه الله تعالى: وبه أجبت أنا وغيري اهـ. وقد عضد بقولهم المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والعادة محكمة والعرف قاض إلى غير ذلك من كلامهم اهـ. ما في الخيرية

قوله: **(وهذه المسألة تخالف مسألة القمقمة)** قال في متفرقات الوكالة من التتارخانية عازياً للظهيرية: الوكيل إذا دفع قمقمة إلى إنسان لإصلاحها بأمر الوكيل ونسي من دفعها إليه لا يضمن. قال في النوازل: وصار كالذي وضعه في موضع من داره ثم نسيه فلا ضمان عليه، كذا هذا اهـ.

ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه وفيما يضيفه إلى الموكل كالنكاح والخلع

المشتري ثم استحق المبيع فإن المشتري يرجع بالثمن على الوكيل، سواء كان الثمن باقياً في يده أو سلمه إلى الموكل وهو يرجع على موكله. الثانية ما إذا كان مشترياً فاستحق المبيع من يده فإنه يرجع بالثمن على البائع دون موكله. وفي البزازية: المشتري من الوكيل باعه من الوكيل ثم استحق من الوكيل رجع الوكيل على المشتري منه وهو على الوكيل والوكيل على الموكل وتظهر فائدته عند اختلاف الثمن اهـ. وفي الخانية: وكله بشراء جارية فاشترى فاستحقت لم يضمن الوكيل، ولو ظهر أنها حرة يضمن الوكيل وكذا قوله «والخصومة في العيب» شامل لمسألتين: ما إذا كان بائعاً فيرده المشتري عليه، وما إذا كان مشترياً فيرده الوكيل على بائعه لكن بشرط كونه في يده فإن سلمه إلى الموكل فلا يرده إلا بإذنه كما سيأتي في الكتاب. وأشار المؤلف إلى أن الوكيل لو رضي بالعيب لزمه، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل، وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك على الموكل، ولو مات الوكيل بالشراء وظفر الموكل بالمشتري عيباً يرده وارثه أو وصيه وإلا فالموكل وكيل البيع إذا مات وظفر مشتريه به عيباً رده على وصي الوكيل أو وارثه وإلا فعلى الموكل؛ كذا في البزازية. وفي الخانية: الوكيل بالشراء لا يملك إبراء البائع عن العيب عند أبي حنيفة ومحمد، واختلفوا في قول أبي يوسف والوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسيئة فمات الوكيل حل عليه الثمن ويبقى الأجل في حق الموكل، وجزمه هنا يدل على أن المعتمد في المذهب ما قال أنه المعقول وقد أفتيت به بعد ما احتطت كما قال فيما سبق، وقد كتبنا في الأشباه والنظائر من قسم الفوائد حكم التوكيل بالتوكيل. ومما فرع على أن الوكيل أصيل في الحقوق ما في كافي الحاكم: ولو وكل القاضي وكيلاً ببيع شيء فباعه ثم خاصمه المشتري في عيبه جاز قضاء القاضي للوكيل اهـ.

قوله: **(والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه)** دفع لما يتوهم من أن الحقوق لما تثبت للوكيل أصالة وخلفه الموكل فيها ينبغي أن يكون الحكم كذلك، وقد اختلف أصحابنا فيها فقال الكرخي يثبت للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل، وقال أبو طاهر يثبت للموكل ابتداء وهو الأصح ولهذا لو كان المشتري منكوحة الوكيل لا يفسد نكاحه ولا تعتق عليه. وقال القاضي أبو زيد: الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في الحقوق فوافق الكرخي في الحقوق، وأبا طاهر في حق الحكم وهذا أحسن؛ كذا في البزازية. وصحح الشارحون ما في الكتاب لكن لم يذكروا لهذا الاختلاف ثمرة الاتفاق على عدم عتق قريب الوكيل لو اشتراه وعدم فساد نكاحها لو اشتراها. والعتق والفساد على الموكل لو اشترى وكيل قريب موكله وزوجته لأن الملك للوكيل لم يكن مستقراً والموجب للعتق والفساد الملك المستقر؛ هكذا أجاب الكرخي. وأشار المؤلف إلى أن الموكل لو أعتق قبل قبض الوكيل فإنه ينفذ إعتاقه لكونه أعتق ملك نفسه، والبائع يأخذ الوكيل بالثمن ولا سبيل له على الموكل، وكذلك في التدبير

والصلح عن دم العمد أو عن إنكار يتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ووكيلها

والاستيلاد، ولو قتله الموكل وضمن قيمته للوكيل فيدفعها إليه لتكون محبوسة عنده إلى أن يأخذ الثمن من الموكل؛ كذا في بيوع الخانية قوله: **(وفيما يضيفه إلى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد أو عن إنكار يتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ووكيلها بتسليمها)** أي والحقوق في كل عقد لا يستغني الوكيل عن إضافته إلى موكله لأن الوكيل فيها سفير محض ألا ترى أنه لا يستغني عن إضافته العقد إلى الموكل، ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول، وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً. وفي البزازية: الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال إن فلاناً أمرني أن أطلق أو أعتق ينفذ على الموكل لأن عهدتهما على الموكل على كل حال، ولو أخرج الكلام في النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضاف إلى نفسه صح إلا في النكاح. والفرق بين وكيل النكاح والطلاق أن في الطلاق أضاف إلى الموكل معنى لأنه بناء على ملك الرقبة وتلك للموكل في الطلاق والعتاق فأما في النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر حتى لو كان بالنكاح من جانبها وأخرج مخرج الوكالة لا يصير مخالفاً لإضافته إلى المرأة معنى لأن صحة النكاح بملك البضع وذاك لها فكأنه قال ملكتك بضع موكلتي فاندفع جانبه ا هـ. فعلى هذا معنى الإضافة إلى الموكل مختلف ففي وكيل

قوله: **(وفي البزازية الوكيل بالطلاق والعتاق الخ)** قال أبو السعود في حاشيته على مسكين: ليس المراد أن الطلاق والعتاق يقع بمجرد قوله إن فلاناً أمرني أن أطلق أو أعتق، بل لا بد من الإيقاع مضافاً إلى موكله فيما إذا خرج الكلام مخرج الرسالة أو إلى نفسه إذا خرج الكلام مخرج الوكالة على ما يأتي اهـ. قلت: وفي السابع والعشرين من التتارخانية: ولو قال الوكيل طلقك الزوج لا يقع هو الصحيح قوله: **(لأنه بناء على ملك الرقبة)** كذا رأيته في البزازية، والظاهر أن فيه سقطاً والأصل لأنه بناء على ملك المتعة والرقبة قوله: **(فعلى هذا معنى الإضافة مختلف الخ)** هذا ظاهر بل صريح في أنه لو أضاف ما عدا النكاح إلى نفسه يصح وهو مخالف لكلام غيره. قال في الدرر بعد قوله في المتن تتعلق بالموكل وسره أن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنها من قبيل الإسقاطات والوكيل أجنبي عن الحكم فلا بد من إضافة العقد إلى الموكل ليكون الحكم مقارناً للسبب، أما النكاح فلأن الأصل في البضع الحرمة فكان النكاح إسقاطاً لها والساقط يتلاشى فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الأصالة ووقوع الحكم لغيره فجعل سفيراً ليقارن الحكم السبب حتى لو أضاف النكاح إلى نفسه وقع له بخلاف البيع فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بخيار، فجاز صدور السبب عن شخص أصالة ووقوع الحكم لغيره خلافة، وأما الخلع فلأنه إسقاط للنكاح والناكح المرء والمنكوحة المرأة والوكيل إما منه أو منها، وعلى التقديرين يكون سفيراً محضاً فلا بد من الإضافة إلى الموكل. وأما الصلح عن إنكار فإنه أيضاً إسقاط لا يشوبه معاوضة فلا بد من الإضافة إلى

. . . .

النكاح من قبل الزوج على وجه الشرط، وفيما عداه على وجه الجواز فيجوز عدمه. وذكر في

الموكل، وكذا الصلح عن دم العمد فإنه إسقاط محض والوكيل أجنبي سفير فلا بد من الإضافة إلى الموكل، وكذا الحال في البواقي هذا ملخص ما ذكره القوم في هذا المقام ا هـ. أقول: يمكن التوفيق بأن يكون معنى الإضافة اشتراط ذكر الموكل وإن أسند الوكيل الفعل إلى نفسه فإذا كان وكيلاً من جانب المرأة يقول للزوج خالع امرأتك على هذه الألف فخالع يتم بقبول الوكيل كما صرحوا به في الخلع، أما لو قال خالع فقط فلا. ولو كان وكيلاً من الجانبين فقال خلعت فلانة من زوجها على كذا جاز في الصحيح من أنه يكون وكيلاً من الجانبين في الخلع، وصرحوا أيضاً بأنه لو قال لغيره طلق امرأتي رجعية فقال لها الوكيل طلقتك بائناً تقع رجعية، ولو وكله بالبائن فقال لها الوكيل أنت طالق تطليقة رجعية تقع واحدة بائنة، وصرحوا بأنه يصح توكيل الصبي والمجنون ويصير كأنه علق الطلاق على تلفظهما به. وفي طلاق الفتاوى الهندية: الوكيل في الطلاق والرسول سواء؛ كذا في التتارخانية. الرسالة أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد إنسان فيذهب الرسول إليها ويبلغها الرسالة على وجهها فيقع عليها الطلاق؛ كذا في البدائع. فقد ثبت بهذا أن قول الوكيل خلعت وطلقت يكفي. ثم الذي يظهر من كلامهم أن المراد هنا بالوكيل الوكيل من جهة من يثبت له الملك بقرينة التعليل بأن الحكم فيها لا يقبل عن السبب ففي النكاح يقول وكيل الزوج زوج بنتك لفلان فيضيفه إلى الموكل. ولو قال زوجني وقع له لا للموكل. وأما وكيل الزوجة فيقول زوجت فيصح، وفي الطلاق بما يقول وكيل الزوج طلقت فلانة بألف، وفي الخلع يقول وكيل الزوج خالعتها على ألف، وأما وكيل المرأة فيقول قبلت بدون إضافة إليها، وكذا في العتق على مال والكتابة، ولو كان الطلب من جهة وكيل المرأة أو العبد يقول طلق فلانة بألف أو اخلعها على ألف أو اعتق عبدك على كذا أو كاتبه على كذا فيقول وكيل الزوج أو السيد فعلت فيكتفى بالإضافة من أحد الجانبين لأن الملك من كل منهما فإن المرأة تملك نفسها وكذا العبد كما أن الزوج أو السيد يملك العوض. وفي الصلح عن إنكار أو دم عمد يقول الوكيل صالح فلاناً عن دعواك عليه هذا المال أو الدم فيقبل المدعي، ولو قال الوكيل في هذه المواضع اعتقني أو طلقني أو كاتبني أو صالحني لم يصح بخلاف بعني وأجرني فإنه يصح إضافتها إلى نفسه كما مر. وكذا بقية الصور الآتية يقول الوكيل من جهة طالب التملك هب فلاناً أو تصدق عليه أو أعره أو أودعه أو ارهن عنده كذا أو اقرضه كذا، ولو قال هبني أو تصدق علي أو اعرني الخ. يقع له لا للموكل. وأما الوكيل من الجانب الآخر كما إذا دفع لرجل مالاً ووكله بأن يهبه لفلان مثلاً فإنه يقول وهبتك أو تصدقت عليه أو أعرتك أو أودعتك الخ. من غير أن يقول وهبتك هذه الألف التي لفلان الموكل. ثم اعلم أن هذه المذكورات يفترق بعضها عن بعض من حيث إن ما كان منها إسقاطاً يضيفه الوكيل إلى نفسه مع التصريح بالموكل فيقول زوجتك فلانة وصالحتك عما تدعيه على فلان من المال أو الدم، أما ما كان منها تمليكاً لعين أو منفعة أو حفظ فلا يضيفه إلى نفسه بل إلى الموكل فقط كقوله هب لفلان كذا أو أودعه كذا أو أقرضه كذا، فلا بد في هذا من إخراج كلامه مخرج الرسالة، فلا يصح أن يقول هبني كذا كما مر، ولا هبني لفلان أو

بتسليمها وللمشتري منع الموكل عن الثمن وإن دفع إليه صح ولا يطالبه الوكيل ثانياً.

القنية قولين فيما إذا قال وكيل الطلاق أنت طالق مني وقد فرع على رجوع الحقوق للموكل حكمين، ومنها أن وكيلها لا يلي قبض مهرها والوكيل بالخلع لا يلي قبض البدل كما في البزازية. ومنها أنه يصح ضمانه مهرها وتخير المرأة بين مطالبته أو الزوج فإذا أخذت من الوكيل لا يرجع على الزوج؛ كذا في البزازية. وفيها: وكيل الخلع خالع وضمن صح وإن لم تأمره المرأة بالضمان وكذا يرجع قبل الأداء ا هـ. وأشار بالكاف في قوله «كالنكاح» إلى بقية أفراد هذا النوع ولذا قال في الهداية: من أخواته العتق على مال والكتابة والصلح على إنكار والهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض لأن الحكم فيها يثبت بالقبض وأنه يلاقي محلاً مملوكاً للغير فلا يجعل أصيلاً، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس، وكذا الشركة والمضاربة إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه ا هـ. ومن هذا النوع الوكيل بالقبض وقدمنا أحكامه. وفي المجتبى: وكله أن يرتهن عبد فلان بدينه أو يستعيره له أو يستقرض له ألفاً فإنه يضيف العقد إلى موكله دون نفسه فيقول إن زيداً يستقرض منك كذا أو يسترهن عبدك أو يستعير منك ولو قال هب لي أو أعرني أو أقرضني أو تصدق علي فهو للوكيل ا هـ.

قوله: **(وللمشتري منع الموكل عن الثمن)** لكونه أجنبياً عن الحقوق لرجوعها إلى الوكيل أصالة، وقدمنا أحكام قبض الثمن وأنه لا فرق بين حضرة الوكيل وغيبته وإن وصى الوكيل ترجع الحقوق إليه بعد موته لا إلى الموكل. وأشار المؤلف إلى أن الموكل لو كان دفع الثمن إلى الوكيل فاستهلكه وهو معسر كان للبائع حبس المبيع ولا مطالبة له على الموكل، فإن لم ينقد الموكل الثمن إلى البائع باع القاضي الجارية بالثمن إذا رضيا وإلا فلا؛ كذا في بيوع خزانة المفتين قوله: **(وإن دفع إليه صح ولا يطالبه الوكيل ثانياً)** لأن نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل إليه ولا فائدة في الأخذ منه ثم في الدفع إليه، ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة، ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل، وبدين الوكيل إذا كان وحده عند أبي حنيفة ومحمد لكونه يملك الإبراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين؛ كذا في الهداية. ولو أبرآه عن الثمن معاً برئ المشتري بإبراء الموكل دون وكيله فلا رجوع على الوكيل؛ كذا في النهاية. ويستفاد من وقوع المقاصة بدين الوكيل

أودعني لفلان. وعلى هذا فقولهم التوكيل بالاستقراض باطل معناه أنه في الحقيقة رسالة لا وكالة فلو أخرج الكلام مخرج الوكالة لم يصح بل لا بد من إخراجه مخرج الرسالة كما قلنا. وبه علم أن ذلك غير خاص بالاستقراض بل كل ما كان تمليكاً إذا كان الوكيل من جهة طالب التملك لا من جهة المملك، فإن التوكيل بالإقراض والإعارة صحيح لا بالاستقراض والاستعارة بل هو رسالة. هذا ما ظهر لي فتأمله قوله: **(وقد فرع)** أي المصنف.

باب الوكالة بالبيع والشراء

أمره بشراء ثوب هروي أو فرس أو بغل صح سمى ثمناً أو لا بشراء دار أو عبد

أن الوكيل لو باع من دائنه بدينه صح وبرئ وضمن الوكيل لموكله وهي في الذخيرة. أطلقه فشمل ما إذا نهاه الوكيل عن الدفع إلى موكله ومع ذلك دفع له فإنه يبرأ استحساناً كما في البزازية. وأشار المؤلف إلى أن المسلم إليه لو دفع المسلم فيه إلى الموكل فإنه يبرأ ولو امتنع من دفعه إليه له ذلك كما في البزازية، وإلى أن المأذون كالوكيل كما في البزازية. وذكر أبو بكر لا يملك المولى قبض ديون عبده المأذون إذا غاب لأنه فوق الوكيل لأنه يتصرف لنفسه والوكيل لغيره، وفي الوكيل إذا غاب لا يملك فالمأذون أولى، ومع ذلك لو قبضه المولى يبرأ المديون استحساناً إن لم يكن على العبد دين، وإن كان عليه دين لا يبرأ لأن الحق للغرماء والمولى كالأجنبي ا هـ. والله تعالى أعلم.

باب الوكالة بالبيع والشراء

أفردهما بباب على حدة لكثرة الاحتياج إليهما، وقدم الشراء على البيع لأن الشراء ينبئ عن الإثبات والبيع عن الإزالة بعد الإثبات، أو الشراء يتحقق بالموجود والمعدوم والبيع لا يتحقق إلا في الموجود؛ كذا في المعراج قوله: **(أمره بشراء ثوب هروي أو فرس أو بغل صح سمى ثمناً أو لا)** لأنه لم يبق إلا جهالة الصفة وهي محتملة فيها استحساناً لأن مبناها على التوسعة لكونها استعانة، وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج وهو مدفوع. قيد بالفرس والبغل للاختلاف في الشاة فمنهم من جعلها من هذا القبيل، وفي التجريد جعلها من المتوسط وجزم به في الجوهرة فقال: الوكالة باطلة وما اشتراه الوكيل فهو لنفسه. وأما الحمار ففي البزازية: وفي الحمار تصير الصفة معلومة بحال الموكل، وكذا البقر ولو كان الموكل فاليزياً فاشترى حماراً مصرياً أو كان واحداً من العوام فاشترى له فرساً يليق بالملوك يلزم المأمور هـ. قوله: **(وبشراء دار أو عبد جاز ان سمى ثمناً وإلا فلا)** لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً. أطلقه فشمل ما إذا كان ذلك الثمن يخصص نوعاً أو لا، وبه اندفع ما في

باب الوكالة بالبيع والشراء

قول المصنف: **(أمره بشراء ثوب هروي الخ)** قال في الكفاية: الأصل أن الجهالة ثلاثة أنواع: فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وإن بين الثمن. ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والبغل والفرس والثوب الهروي والمروي فإنها لا تمنع صحة الوكالة وإن لم يبين الثمن. ومتوسطة وهي بين الجنس والنوع كالتوكيل بشراء عبد وشراء أمة أو دار، فإن بين الثمن أو النوع تصح وتلحق بجهالة النوع، وإن لم يبين الثمن أو النوع لا

جاز إن سمى ثمناً وإلا فلا وبشراء ثوب أو دابة لا وإن سمى ثمناً وبشراء طعام يقع

الجوهرة حيث قال: وهذا إذا لم يوجد بهذا الثمن من كل نوع أما إذا وجد لا يجوز عند بعض المشايخ ا هـ. وقد جعل المؤلف الدار كالعبد موافقاً لقاضيخان لكنه شرط مع بيان الثمن بيان المحلة كما في فتاواه مخالفاً للهداية لأنه جعلها كالثوب قال: وكذا الدار تشمل ما هو في بعض الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذر الامتثال ا هـ. وذكر في المعراج أن ما في الهداية مخالف لرواية المبسوط قال: والمتأخرون من مشايخنا قالوا في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحال ا هـ. . وبه يحصل التوفيق فيحمل ما في الهداية على ما إذا كانت تختلف في تلك الديار اختلافاً فاحشاً، وكلام غيره على ما إذا كانت لا تتفاحش. ولو قال المؤلف إن بين نوعاً أو سمى ثمناً كان أولى لأنها صحيحة ببيان النوع كعبد رومي حبشي وإن لم يسم الثمن والحنطة من هذا القبيل وبيان المقدار كبيان الثمن كما في البزازية. وفي الخانية: اشتر لي حنطة لا يصح ما لم يبين القدر فيقول كذا قفيزاً والطيلسان من هذا القبيل أيضاً لما في البزازية: اشتر لي طيلساناً بمائة صحت، وأما الدار فعلى ما في الهداية لم يصح التوكيل بشراء دار بألف، وصح عند غيره ويتعين البلد الذي هو فيه كما هو مروي عن الثاني وجزم به في الخانية. وفي الولوالجية: رجل وكل رجلاً ليشتري له لؤلؤة لم يجز ما لم يسم الثمن لأن التفاوت بين اللؤلؤتين أكثر من التفاوت بين النوعين المختلفين، ولو قال داراً بالكوفة بألف صحت اتفاقاً، ولو قال داراً بالكوفة في موضع كذا وسمى موضعاً متقارباً، بعضه ببعض جازت ذكر الثمن أو لا كما في البزازية. وفيها: وكله بشراء دار ببلخ فاشترى خارجها، إن الموكل من أهل البلد لا يجوز وإن من الرستاق جاز ا هـ. واللحم من هذا القبيل أيضاً فلو وكله بشراء لحم بدرهم فاشترى لحم ضأن أو بقر أو إبل لزم الآمر، وقيل إن كان الآمر غريباً ينصرف التوكيل إلى المطبوخ والمشوي لا القديد أو لحم الطيور والوحوش والشاة حية أو مذبوحة غير مسلوخة، وإن اشترى شاة مسلوخة لزم الآمر إلا أن يكون الثمن قليلاً؛ كذا في الخانية.

قوله: **(وبشراء ثوب أو دابة لا وإن سمى ثمناً)** أي لا يصح التوكيل للجهالة الفاحشة فإن الدابة لغة اسم لما يدب على وجه الأرض، وعرفاً للخيل والبغل والحمار فقد جمع أجناساً، وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ولهذا لا يصح تسميته

تصح وتلحق بجهالة الجنس لأنه يمنع الامتثال قوله: **(وبه اندفع ما في الجوهرة الخ)** أقول: جزم منلاخسرو في متنة الغرر حيث قال: فإن بين النوع أو ثمن عين نوعاً صحت وإلا لا اهـ. ومثله في غرر الأفكار ومختصر النقاية لكن قال القهستاني في شرحها: والأحسن ترك الصفة يعني صفة الثمن بقوله عين نوعاً فإن النوع صار معلوماً بمجرد تقدير الثمن كما في الهداية، وعن أبي يوسف أنه ينصرف إلى مثل ما يليق بحال الموكل اهـ. ولا يخفى ما فيه.

....

مهراً، وإذا اشترى الوكيل وقع الشراء له؛ كذا في النهاية. قيد بالمنكر لأنه لو كان معيناً لا يحتاج إلى تسمية الجنس والصفة؛ كذا في المعراج. وأشار بثوب إلى أن ثياباً كذلك لوجود جهالة الجنس. وفي الكافي: وفرقوا بين ثياب وأثواب فقالوا الأول للجنس، والثاني لا وكأن الفرق مبني على عرفهم اهـ. ويمكن أن يقال إنه مبني على أن أثواباً جمع قلة لأن أفعالاً من جموع القلة وهو لما دون العشرة فلم يدل على العموم بخلاف ثياب فإنه جمع كثرة لا ينحصر في عدد فتفاحشت الجهالة. وفي البزازية: دفع له دراهم وقال اشتر بها شيئاً لا يصح، ولو قال على ما تحب وترضى جاز بخلاف البضاعة والمضاربة، ولو وكله بشراء أي ثوب شاء صح، وفي البضاعة لو أمره بشراء ثوب أو ثوبين أو ثياب أو الثياب صح، وبشراء أثواب لا يصح. دفع إليه ألفاً وقال اشتر لي به الدواب أو لم يدفعه صح، ولو قال خذ هذا الألف واشتر بها الأشياء جاز وإن لم يسم بضاعة أو مضاربة لأنه أدخل اللام ولم يرد المعهود لعدمه ولا كل الجنس لاستحالته. علم أنه أراد به ما ليس من ذلك الجنس حتى لو لم يدخل اللام لم يصح كقوله ثوباً أو دابة بل أولى لأن الشيء أعم فكانت الجهالة أفحش ولم يوجد منه ما يدل على تفويض الأمر إليه بخلاف ما تقدم. ولو قال اشتر لي الأثواب لم يذكره محمد، وقيلا لا، ولو أثواباً لا يجوز، ولو ثياباً أو الدواب أو الثياب أو دواب يجوز وإن لم يقدر الثمن اهـ. قوله: **(وبشراء طعام يقع على البر ودقيقه)** أي لو وكله والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة كما في اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم. وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ما ذكرناه إذا ذكر مقروناً بالبيع والشراء ولا عرف في الأكل فبقي على الوضع. أطلقه فشمل ما إذا كثرت الدراهم أو قلت، وقيل ينظر إليها فإن كانت كثيرة فعلى البر، وإن كانت قليلة فعلى الخبز، وإن كانت بين الأمرين فعلى الدقيق والفارق العرف، ويعرف بالاجتهاد حتى إذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بأن كان عنده وليمة يتخذها هو جاز له أن يشتري الخبز له. وقال بعض مشايخ ما وراء النهر: الطعام في عرفنا ينصرف إلى ما يمكن أكله يعني المعتاد للأكل كاللحم المطبوخ والمشوي أي ما يمكن أكله من غير إدام دون الحنطة والدقيق والخبز. قال في الذخيرة: وعليه الفتوى كذا في النهاية. ولم

قوله: **(وأشار إلى أن ثياباً كذلك الخ)** مخالف لما سيذكره عن البزازية من أنه لو قال أثواباً لا يجوز، ولو ثياباً يجوز. وفي حاشية مسكين: ولو وكله بشراء ثياب صح وبشراء أثواب لا لأن ثياباً يراد به الجنس مفوضاً إلى الوكيل لدلالته على العموم لكونه جمع كثرة بخلاف أثواب خلافاً لما في البحر. مقدسي اهـ. أي لأنه عكس الحكم. وفي التتارخانية عن العتابية: ولو قال اشتر لي شيئاً أو ثوباً لم يصح لأنه مجهول جداً إلا إذا وجد دلالة التفويض وهو التعميم بأن قال ثياباً أو الثياب أو الدواب يجوز بتناول أدنى ما ينطلق عليه الاسم، ولذا قال اشتر بها شيئاً أو ثوباً أو أثواباً أو قال ما

على البر ودقيقه وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده ولو سلمه إلى الآمر لا يرده

يقيد المؤلف رحمه الله تعالى صحة التوكيل بدفع الدراهم ولا بد منه أو بيان مقدار الطعام، فلو قال له اشتر لي طعاماً لم يجز على الآمر كما ذكره الشارح. والحاصل أن ما ذكره المؤلف من انصراف الطعام إلى البر ودقيقه إنما هو عرف الكوفة، وفي عرفنا ما ذكرناه من المفتى به؛ هكذا في البزازية. ولكن عرف القاهرة على خلافهما فإن الطعام عندهم للطبخ بالمرق واللحم. وقيد بالبر لأنه لو اشترى شعيراً لم يلزم الآمر استحساناً كما في البزازية. قيد بالوكالة لأن الطعام فيما لو أوصى له بالطعام يدخل فيه كل مطعوم؛ كذا في البزازية من الوكالة. ومن أيمانها. لا يأكل طعاماً فأكل دواء ليس بطعام كالسقمونيا لا يحنث ولو به حلاوة كالسكجبين يحنث ا هـ.

قوله: **(وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده)** لأنه من حقوق العقد وهي كلها إليه ولوارثه أو وصيه ذلك بعد موته فإن لم يكونا فللموكل، وكذا الوكيل بالبيع؛ كذا في الخلاصة وقدمناه أطلقه فشمل ما إذا كان رده بإذن الموكل أو بغير إذنه، وأشار بكون الرد له إلى أنه لو رضي بالعيب فإنه يلزمه، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل، وقبل أن يلزم الوكيل إذا هلك يهلك من الموكل؛ كذا في البزازية. وإلى أن الرد عليه لو كان وكيلاً بالبيع فوجد المشتري بالمبيع عيباً ما دام الوكيل حياً عاقلاً من أهل لزوم العهدة فإن كان محجوراً يرد على الموكل. وفي شرح الطحاوي: وجد المشتري فيما اشتراه عيباً رجع بالثمن على الوكيل إن كان نقده الثمن، وإن كان نقده من الموكل أخذه من الموكل. ولم يذكر ما إذا نقد الثمن إلى الوكيل ثم أعطاه هو إلى الموكل ثم وجد المشتري عيباً يرده على الوكيل أم الموكل، أفتى القاضي أنه يرده على الوكيل؛ كذا في البزازية. وإلى أن الموكل أجنبي في الخصومة بالعيب فلو أقر الموكل بالعيب وأنكره الوكيل فإنه لا يلزم الوكيل ولا الموكل شيء لأن الخصومة فيه من حقوق العقد والموجب أجنبي فيه، وإلى أن إقرار الوكيل يوجب رده عليه ولو أنكره الموكل لكن إقراره صحيح في حق نفسه لا في حق الموكل لانتهاء وكالته بالتسليم فلا يكون قوله ملزماً على الموكل إلا أن يكون عيباً لا يحدث مثله في تلك المدة للقطع بقيام العيب عند الموكل، وإن أمكن حدوث مثله في المدة لا يرده على الموكل إلا ببرهان على كونه عند موكله وإلا يحلفه فإن نكل رده وإلا لزم الوكيل؛ كذا في البزازية أيضاً.
قوله: **(ولو سلمه إلى الآمر لا يرده إلا بأمره)** لأنه انتهى حكم الوكالة ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه ولهذا كان خصماً لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده. وفي جامع الفصولين: الوكيل إذا قبض الثمن لا

أريده أو احتاج إليه لا يصح بخلاف اشتر لي ما اتفق لك أو ما شئت أو ما اشتريت فهو لي.

إلا بأمره وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال

يملك الإقالة إجماعاً ا هـ. وقيد بالعيب لأنه لو وكله ببيع متاعه فباعه بيعاً فاسداً وسلمه وقبض الثمن وسلمه إلى الموكل فله أن يفسخ البيع ويسترد الثمن من الموكل بغير رضاه لحق الشرع؛ كذا في القنية قوله: **(وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله)** لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا لو اختلفا في الثمن يتحالفان في الثمن ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلمه المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه، ولأن الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل فيكون راضياً بدفعه من ماله. وقال زفر: لا يحبسه لأن الموكل صار قابضاً بيده فكأنه سلمه إليه. قلنا: هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه. قيد بكونه دفع الثمن لأنه لو لم يكن دفعه فله الحبس بالأولى لأنه مع الدفع ربما يتوهم أنه متبرع بدفع الثمن فلا يحبسه فأفاد بالحبس أنه ليس بمتبرع وأن له الرجوع على موكله بما دفعه وإن لم يأمره به صريحاً للإذن حكماً كما قدمناه. وهذا إذا كان الثمن حالاً، فإن اشتراه الوكيل بثمن مؤجل تأجل في حق الموكل أيضاً فليس للوكيل طلبه حالاً بخلاف ما إذا اشتراه بنقد ثم أجله البائع كان للوكيل أن يطالبه به حالاً وهي الحيلة كما في الخلاصة. وفي الواقعات الحسامية: ولو أمر رجلاً أن يشتري له جارية بألف فاشتراها ثم إن البائع وهب الألف من الوكيل فللوكيل أن يرجع على الآمر، ولو وهب منه خمسمائة لم يكن له أن يرجع على الآمر إلا بخمسمائة، ولو وهب منه خمسمائة ثم وهب منه أيضاً الخمسمائة الباقية لم يرجع الوكيل على الآمر إلا بالخمسمائة الأخرى لأن الأول حط والثاني هبة، ولو وهب منه تسعمائة ثم وهب منه المائة الباقية لا يرجع على الآمر إلا بالمائة الأخرى، وهذا كله قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف والحسن ا هـ. وفي وصايا الخانية: الوصي إذا أنفذ الوصية من مال نفسه له أن يرجع في تركة الميت على كل حال أي سواء كان وارثاً أو كانت الوصية للعبد أو لم يكن وعليه الفتوى ا هـ. وفي الخلاصة: الوكيل بالشراء إذا اشترى ما أمر به ثم أنفق الدراهم بعد ما سلم إلى الآمر ثم نقد البائع غيرها جاز، ولو اشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالشراء للوكيل وضمن للموكل دنانيره للتعدي. وفي الخانية: الوكيل بالشراء إذا لم يكن أخذ الثمن من الموكل يطالب بتسليم الثمن من مال نفسه والوكيل بالبيع لا يطالب بأداء الثمن من مال نفسه ا هـ. وفي كفالة الخانية: لو ادعى الوكيل بالشراء دفع الثمن من ماله وصدقه الموكل وكذبه البائع لم يرجع الوكيل على الموكل ا هـ. وفي جامع الفصولين من السابع والعشرين:

قوله: **(وفي كفالة الخانية لو ادعى الوكيل بالشراء دفع الثمن من ماله وصدقه الموكل)** قال الرملي: ليس بقيد لأنه لو كذبه فبالأولى عدم الرجوع. وعبارة الخانية: رجل عليه ألف لرجل فأمر المديون رجلاً أن يقضي الطالب الألف التي له عليه فقال المأمور قضيت وصدقه الآمر وكذبه صاحب

الموكل ولم يسقط الثمن وإن هلك بعد حبسه فهو كالبيع وتعتبر مفارقة الوكيل في

الوكيل لو لم يقبض ثمنه حتى لقي الآمر فقال بعت ثوبك من فلان فأنا أقضيك عنه ثمنه فهو متطوع ولا يرجع على المشتري، ولو قال أنا أقضيكه عنه على أن يكون المال الذي على المشتري لي لم يجز ورجع الوكيل على موكله بما دفع. بياع عنده بضائع لناس أمروه ببيعها فباعها بثمن مسمى فعجل الثمن من ماله إلى أصحابها على أن أثمانها له إذا قبضها فأفلس المشتري فللبائع أن يسترد ما دفع إلى أصحاب البضائع ا هـ.

قوله: **(فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن)** لأن يده كيد الموكل فإذا لم يحبس يصير الموكل قابضاً بيده. ولم يذكر المؤلف هنا حكم ما إذا وكله بشراء شيء ودفع الثمن إليه فهلك في يده قال في البزازية وفي جامع الفصولين: دفع إليه ألفاً ليشتري به فاشترى وقبل أن ينقده للبائع هلك فمن مال الآمر، وإن اشترى ثم نقده الموكل فهلك الثمن قبل دفعه إلى البائع عند الموكل يهلك من مال الوكيل. وفي الجامع الصغير: وكله به ودفع ألفاً فاشترى ولم ينقد رجع به مرة فإن دفع وهلك ثانياً لا يرجع أخرى والمضارب مراراً والكل رأس المال ا هـ. وسيزداد وضوحاً إن شاء الله تعالى في المضاربة. وفي الخانية: رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشتري له بها عبداً فوضع الوكيل الدراهم في منزله وخرج إلى السوق واشترى له عبداً بألف درهم وجاء بالعبد إلى منزله وأراد أن يدفع الدراهم إلى البائع فإذا الدراهم قد سرقت وهلك العبد في منزله فجاء البائع وطلب منه الثمن وجاء الموكل يطلب منه العبد كيف يفعل؟ قالوا: يأخذ الوكيل من الموكل ألف درهم ويدفعها إلى البائع والعبد والدراهم هلكا على الأمانة في يده. قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا علم بشهادة الشهود أنه اشترى العبد وهلك في يده، أما إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله فإنه يصدق في نفي الضمان عن نفسه ا هـ. وفي بيوع البزازية: الوكيل بالشراء إذا أخذ المشتري على وجه السوم مع قرار الثمن فأراه الموكل ولم يرض به فهلك في يد الوكيل ضمن الوكيل قيمة السلعة للبائع، ثم يرجع على الموكل إن كان أمره بالأخذ على وجه السوم وإلا فلا ا هـ قوله: **(وإن هلك بعد حبسه فهو كالمبيع)** أي عند أبي حنيفة ومحمد. قيد بالهلاك لأنه

الدين لا يرجع المأمور على الآمر لأن المأمور بقضاء الدين وكيل بشراء ما في ذمته، فإذا لم يسلم له ما في ذمته لا يرجع المأمور على الآمر كالوكيل بشراء العين إذا قال اشتريت ونقدت الثمن من مال نفسي وصدقه الموكل وكذبه البائع لا يرجع الوكيل على الموكل، فإن أقام المأمور بينة على قضاء الدين قبلت بينته ويرجع المأمور على الآمر ويبرأ الآمر عن دين الطالب اهـ. ولا يخفى أن معنى قوله «لا يرجع الوكيل على الموكل» لا يرجع بما ضاع عليه بجحود البائع وإلا فالثمن الذي وجب له بالعقد الحكمي يطالبه به بلا شبهة لأن الوكيل بالشراء ينزل منزلة البائع من الموكل ولذلك يتحالفان إذا اختلفا في الثمن وينفسخ العقد الذي جرى بينهما حكماً كما سيأتي فافهم.

الصرف والسلم ولو وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً

لو ذهبت عينه عنده بعد حبسه لم يسقط شيء من الثمن لأنه وصف والأوصاف لا يقابلها شيء لكن يخير الموكل إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك؛ كذا في زيادات قاضيخان ويكون مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف، وضمان الغصب عند زفر لأنه منع بغير حق. ولهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه، ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد إن لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لأن البيع ينفسخ بهلاكه، وههنا لا ينفسخ أصل العقد. قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به. أشار المؤلف إلى أن الوكيل له حبس المبيع لاستيفاء الثمن سواء أداه إلى البائع أو لا. وقيد بالوكيل بالشراء لأن الوكيل باستئجار الدار إذا استأجر للموكل داراً سنة بمائة درهم وشرط التعجيل أو لم يشترط وقبض الوكيل الدار لا يكون له أن يحبسها من الموكل بالأجر، فإن حبسها حتى مضت المدة ذكر في بعض الروايات أن الأجر على الوكيل، ثم الوكيل يرجع على الموكل ولا يسقط الأجر عن الموكل بحبس الوكيل بخلاف ما إذا غصبها غاصب فإن ثمة لا يجب الأجر على الموكل ولا على الوكيل، وفي بعضها يسقط الأجر عن الموكل بحبس الوكيل؛ كذا في الخانية إلى هنا. والحاصل في مسألة الاختلاف أن عندهما يسقط الثمن بهلاكه، وعند أبي يوسف يهلك بالأقل من قيمته ومن الثمن حتى لو كان الثمن أكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله، وعند زفر يضمن جميع قيمته. وفي بيوع البزازية: وإن نقد الوكيل بالشراء الثمن من ماله ثم لقيه الموكل في بلد آخر والمشتري ليس عنده وطلب منه الثمن فأبى إلا أن يسلم المشتري، فإن كان الآمر طالبه بتسليمه حين كان المشتري بحضرتهما ولم يسلمه حتى يقبض الثمن له أن لا يدفع الثمن حتى يقبض المشتري لأنه امتنع عن تسليم المشتري حال حضرته فلأن يمنع حال غيبته، وإن كان الآمر لم يطلبه منه حال حضرة المشتري ليس له أن يمتنع عن دفع الثمن لأنه صار ديناً في ذمة الآمر اهـ.

قوله: **(وتعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم)** فيبطل العقد إن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض لوجود الافتراق عن غير قبض، ولا اعتبار بمفارقة الموكل لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه، ولذا أطلقه المؤلف رحمه الله وشمل ما إذا كان الموكل حاضراً أو غائباً، وما في النهاية من تقييده بما إذا كان الموكل غائباً، أما إذا كان حاضراً لم تعتبر مفارقة الوكيل

قوله: **(وما في النهاية من تقييده الخ)** مثل ما في النهاية في العيني وابن ملك ودرر البحار والجوهرة عن المستصفى. وقال الزيلعي بعد نقله عن النهاية وعزاه أي صاحب النهاية إلى خواهرزاده وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل من باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر، ثم ذكر فيه ـ أي في

....

ضعيف لكون الوكيل أصيلاً في الحقوق في البيع مطلقاً. وقيد بالوكيل لأن الرسول فيهما لا تعتبر مفارقته لأن الرسالة في العقد لا في القبض. وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح، واستفيد من وضع المسألة صحة التوكيل بهما لأن كلاً منهما مما يباشره الموكل فيوكل فيه وهو في الصرف مطلق من الجانبين، وأما في السلم فيجوز من جانب رب السلم بدفع رأس المال أو بقبول السلم كما في الجوهرة، ولا يجوز من جانب المسلم إليه بأخذ رأس المال لأن الوكيل إذا قبض رأس المال بقي المسلم فيه في ذمته وهو مبيع ورأس المال ثمنه، ولا يجوز أن يبيع الإنسان ماله بشرط أن يكون ثمنه لغيره كما في بيع العين، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال مملوك له وإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضاً، فلو قال المؤلف رحمه الله تعالى «واسلام» كما في المجمع بدل «السلم» لكان أولى لأن الإسلام خاص من رب السلم

النهاية ـ بعده فقال: المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضر. وعزاه إلى وكالة المبسوط وإطلاقه وإطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا ولو كان حاضراً اهـ. ورده العيني بأنه ليس بمشكل فإن الوكيل نائب عنه فإذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب اهـ. وتعقبه الحموي بأن الوكيل نائب في أصل العقد أصيل في الحقوق وحينئذ فلا اعتبار بحضرة الموكل اهـ. قلت: ومما يتضح به تزييف جواب العيني ما ذكره هو نفسه عند قول المصنف فيما سبق «وللمشتري منع الموكل عن الثمن» من أن الموكل أجنبي عن العقد وحقوقه لأنها تتعلق بالعاقد على ما بينا اهـ؛ كذا في حاشية مسكين. وما استشكله الزيلعي استشكله صاحب العناية. وذكر في الحواشي السعدية أنه توارد مع الزيلعي في هذا الإشكال ثم نقل عبارة الزيلعي وقال: وعليك بالتأمل أقول وبالله التوفيق: الذي يقطع عرق الإشكال من أصله ما قدمناه عن المنح من أن المعتمد أن العهدة على الموكل دون الوكيل إذا حضر العقد وأنه أصح الأقاويل، فكلام الإمام خواهرزاده مبني على هذا لا على ما مشى عليه سابقاً من أنها على الوكيل وإن كان الموكل حاضراً وهو منشأ الإشكال، وبه اتضح الحال والحمد لله وحده.

قوله: **(ولا يجوز من جانب المسلم إليه بأخذ رأس المال)** عبارة الجوهرة بأن وكله يقبل له السلم، وعبارة الهداية ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم. قال الرملي: وقد تواردت الشراح وغيرهم على هذا. قال في العناية: واعترض بأن قبول السلم عقد يملكه الموكل والواجب أن يملكه الوكيل حفظاً للقاعدة المذكورة عن الانتقاض، وبأن التوكيل بالشراء جائز لا محالة والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز أن يكون المال للمسلم إليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه؟ وأجاب عن الإيرادين بجوابين ردهما الرملي ثم قال: ويختلج في صدري جواب لعله يكون صحيحاً إن شاء الله تعالى وهو أنه لما اختلف العلماء كما قرروه في الملك هل يثبت للموكل ابتداء أو للوكيل ثم ينتقل للموكل أثر هذا الاختلاف في المحل شبهة، فأوجب عدم الجواز فيما القياس فيه

بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم ولو وكله بشراء

يقال أسلم في كذا أي اشترى شيئاً بالسلم نعم يجوز توكيل المسلم إليه بدفع المسلم فيه. قوله: **(ولو وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم)** وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يلزمه العشرون لأنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين. ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فنفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهدا به لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له. قيد بالزيادة الكثيرة لأن القليلة كعشرة أرطال ونصف رطل لازمه للآمر لأنها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة؛ كذا في غاية البيان. وقيد بقوله «مما يباع إلى آخره» لأنه لو اشترى ما يساوي عشرين منه بدرهم صار مشترياً لنفسه إجماعاً لأنه خلاف إلى شر لأن الأمر تناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر. وقيد بالموزونات لأن في القيميات لا ينفذ شيء على الموكل إجماعاً فلو وكله بشراء ثوب هروي بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة مما يساوي كل واحد منهما عشرة لم يلزم الموكل لأن ثمن كل واحد منهما مجهول إذ لا يعرف إلا بالحزر بخلاف اللحم لأنه موزون مقدر فيقسم الثمن على أجزائه. وفي البزازية: أمره أن يشتري بعشرة دنانير فاشتراه بمائتي درهم وقيمة الدراهم مثل الدنانير لزم الموكل خلافاً لزفر ومحمد، ولو بعروض قيمتها مثل الدراهم لا يلزم الآمر إجماعاً. وفي الملتقط: مسافر نزل خاناً وأمر إنساناً أن يشتري له لحماً بدرهم وإنما يباع هناك المطبوخ والمشوي فأيهما اشترى جاز.

المنع مطلقاً احتياطاً إذ العقود الفاسدة مجراها مجرى الربا، والأمر المتوهم في الربا كالمحقق كما في مسألة بيع الزيتون بالزيت فعدم جواز التوكيل من المسلم إليه لما فيه من بيع المسلم فيه قبل القبض عند من يقول إنه ينتقل من الوكيل للموكل، ولاحتماله عند القائل بثبوته ابتداء للموكل لأنه مجتهد فيه وهو محل الاحتمال والفاسد ملحق بالربا، والربا يثبت بالشبهة والتوهم اهـ. وفي حاشية الدر المختار للشيخ خليل الفتال ما نصه: وتعقبه بعض حنفية زماننا حيث قال: قوله «ولعله يكون صحيحاً» تخلف فيه الرجا فأحسن التدبير يظهر لك ذلك. وحاصله أن بيع المسلم فيه قبل قبضه إنما يتأتى لو كان الوكيل من طرف رب السلم والمسألة في الوكيل من طرف المسلم إليه وأي بيع للمسلم فيه قبل قبضه، نعم يمكن أن يكون المستفاد من هذا التقرير ما هو الحامل لتصحيح المشايخ القول بثبوت الملك للموكل ابتداء إذ على مقابله وهو القول بالانتقال يشكل صحة التوكيل بالإسلام لما فيه من بيع المسلم قبل قبضه اهـ. قلت: وفي قوله «نعم يمكن الخ» نظر ظاهر فقد بناه على ما نقضه فكيف يثبت غرضه قوله: **(ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه الخ)** قال في الحواشي السعدية: وما سيجيء من أن العزل الحكمي لا يتوقف على العلم فلا تعلق له بما نحن فيه إذ المراد هناك أن العزل

شيء بعينه لا يشتريه لنفسه فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى له من الثمن

قوله: (ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه) أي لا يجوز له ذلك لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر من حيث إنه اعتمد عليه، ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه إلا بمحضر من الموكل؛ كذا في الهداية. والتعليل الأول يفيد عدم الجواز بمعنى عدم الحل ولذا فسرناه تبعاً للمعراج. وفسره الشارح بأنه لا يتصور شراؤه لنفسه وهو مناسب للتعليل الثاني، ولو اشتراه لنفسه ناوياً أو متلفظاً وقع للموكل. ولو قال المؤلف «ولو وكله بشراء شيء بعينه غير الموكل لا يشتريه لنفسه عند غيبته حيث لم يكن مخالفاً لكان أولى. وإنما قيدنا بغير الموكل للاحتراز عما إذا وكل العبد من يشتريه له من مولاه أو رجل وكل العبد بشرائه له من مولاه فاشترى فإنه لا يكون للآمر ما لم يصرح به للمولى أنه يشتريه فيهما للآمر مع أنه وكيل بشراء شيء بعينه لما سيأتي. وقيدنا بغيبة الموكل حتى لو كان الموكل حاضراً وصرح بأنه يشتريه لنفسه كان المشتري له لأن له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له العزل من غير علمه. وقيدنا بعدم المخالفة لما سيأتي في الكتاب. وأشار المؤلف بقوله «لنفسه» إلى أنه لا يشتريه لموكل آخر بالأولى فلو اشتراه للثاني كان للأول إن لم يقبل وكالة الثاني بحضرة الأول وإلا فهو للثاني، وإن كان الأول وكله بشرائه بألف والثاني بمائة دينار فاشتراه بمائة دينار فهو للثاني لأنه يملك شراءه لنفسه بمائة فيملك شراءه لغيره أيضاً بخلاف الفصل الأول؛ كذا في البزازية. وقيد بالشراء لأنه لو وكله في تزويج معينة فللوكيل التزوج بها للمخالفة حيث أضافه إلى نفسه فانعزل، وقيد بقوله «لا يشتريه» لأنه لو اشتراه وكيله وهو غائب كان الملك للوكيل الأول لانعزاله ضمن المخالفة، وإن اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الأول لأنه حضر رأيه وهو المقصود فلم يكن مخالفاً. وفي كافي الحاكم: وإذا وكل رجل رجلاً بشراء جارية بعينها فقال

الحكمي من الموكل لا يتوقف على علم الوكيل قوله: (غير الموكل) صفة لشيء لأن إضافتها لا تفيد تعريفاً والموكل يجوز أن يقرأ بالفتح والكسر بدليل ما يأتي فلو قال غير الموكل والموكل لكان أوضح قوله: (لأن له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل الخ) كذا في العيني والزيلعي وغيرهما كالعناية وغاية البيان، وأورد عليهم أن العلم بالعزل في باب الوكالة يحصل بأسباب متعددة منها: حضور صاحبه، ومنها بعث الكتاب ووصوله إليه، ومنها إرسال الرسول وتبليغ الرسالة، ومنها إخبار واحد عدل أو اثنين غير عدلين بالإجماع أو إخبار واحد عدلاً كان أو غيره عند أبي يوسف ومحمد، وقد صرح بها في عامة المعتبرات سيما في البدائع. واشتراط علم الآخر في فسخ أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضي أن لا يملك الوكيل عزل نفسه إلا بمحضر من الموكل لأن انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الأسباب فلا يتم التقرير، اللهم إلا أن يحمل وضع المسألة على انتفاء سائر أسباب العلم بالعزل أيضاً لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلاً. قاضي زاده؛ كذا في حاشية أبي السعود

وقع للوكيل وإن كان بغير عينه فالشراء للوكيل إلا أن ينوي للموكل أو يشتريه بماله

الوكيل نعم فاشتراها لنفسه ووطئها فحبلت منه فإنه يدرأ عنه الحد وتكون الأمة وولدها للآمر ولا يثبت النسب ا هـ. وفي القنية: أمره بأن يشتري جارية بعينها بعشرة دراهم فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بعشرة وقال المأمور اشتريتها لنفسي بخمسة عشر فالقول للوكيل والبينة بينته ا هـ قوله: **(فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى له من الثمن وقع للوكيل)** لأنه خالف

قوله: **(فقال الوكيل نعم)** قال الرملي: يستفاد منه أنه لو لم يقلها لم يكن كذلك وهو ظاهر فإذا لم يقلها واشترى وقع له والله تعالى أعلم. وسيأتي قريباً عن البزازية: اشتر لي جارية فلان فسكت وذهب واشتراها إن قال اشتريتها لي فله، وإن قال للموكل فله، وإن أطلق ولم يضف ثم قال كان لك إن قائمة ولم يحدث بها عيب صدق، وإن هالكة أو حدث بها عيب لا يصدق اهـ. وفي الأشباه والنظائر: سكوت الوكيل قبول ويرتد برده اهـ. وقدم هذا الشارح في أول الوكالة أن ركنها ما دل عليها من الإيجاب والقبول ولو حكماً ليدخل السكوت، والشارح فهم من عبارة البزازي كما سيذكره أن الجارية لم تتعين بالإضافة إلى المالك فيه والذي يلوح لي أن فرع البزازية في المعينة أيضاً، ويفرق بين السكوت وبين التصريح بالقبول أخذاً من تقييده في كافي الحاكم بقوله: فقال الوكيل نعم. وتقييده في البزازية بقوله فسكت وإلا لا يكون في ذكره ذلك فائدة وعليك أن تتأمل ا هـ. قلت: وقد ذكر عبارة البزازية في التتارخانية نقلاً عن شركة العيون وأبدل قول البزازية «فسكت» بقوله «ولم يقل المأمور نعم ولم يقل لا» ثم قال في آخرها: هذا كله رواية الحسن عن أبي حنيفة وربما يستفاد منه أن في المسألة رواية أخرى تأمل. ثم معنى قوله «ويفرق بين السكوت وبين التصريح بالقبول» أنه إن سكت فعلى التفصيل المذكور في البزازية، وإن صرح فهي للمأمور لأنه إن سكت لم تصح الوكالة لمنافاته لما في البزازية وهو ظاهر. قول المصنف: **(فلو اشتراها بغير النقود الخ)** قال الرملي: يجب تقييده بما إذا لم يضف العقد إلى الموكل، أما إذا أضافه إليه بأن قال بعته لموكلك فقال الوكيل اشتريت له يتوقف على إجازة الموكل بلا شبهة كما علم مما تقدم في الكلام على شراء الفضولي، وسيأتي ذكره قريباً في شرح قوله «وإن قال بعني هذا لفلان» اهـ. قلت: وفي كلام قدمناه في شرح قوله «وبإيفائها واستيفائها فلا تغفل» قول المصنف: **(أو بخلاف ما سمى له من البدل)** قال الحموي في حاشية الأشباه: أي بأن يأمره بالشراء بألف درهم فيشتريه بمائة دينار وقد جعل محمد الدراهم والدنانير جنسين إذ لو جعلهما جنساً واحداً لصار الوكيل مشترياً للآمر حينئذ. وقد ذكر في شرح الجامع الصغير في باب المساومة أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان قياساً في حق حكم الربا حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، وفيما عدا حكم الربا جعلا جنساً واحداً استحساناً حتى يكمل نصاب أحدهما بالآخر، والقاضي في قيم المتلفات بالخيار إن شاء قوم بالدراهم وإن شاء قوم بالدنانير. والمكره على البيع بالدراهم إذا باع بالدنانير أو على العكس كان بيعه بيع مكره، وصاحب الدراهم إذا ظفر بدنانير غريمه كان له أن يأخذها بجنس حقه كما لو ظفر بدراهمه إلا رواية شاذة عن محمد. وإذا باع شيئاً بالدراهم اشتراه بالدنانير قبل نقد الثمن أو على العكس والثاني أقل من قيمة

....

أمره فنفذ عليه. أطلقه فشمل المخالفة في الجنس وفي القدر كما في البزازية، وقيده في الهداية والمجمع بخلاف الجنس فظاهره أنه إذا سمى له ثمناً فزاد عليه أو نقص عنه فإنه لا يكون مخالفاً، وظاهر ما في الكافي للحاكم أنه يكون مخالفاً فيما إذا زاد لا فيما إذا نقص فإنه قال: وإن قال اشتر لي ثوباً هروياً ولم يسم الثمن فهو جائز على الآمر، وإن سمى ثمناً فزاد عليه شيئاً لم يلزم الآمر، وكذلك إن نقص من ذلك الثمن إلا أن يكون وصفه له بصفة وسمى له ثمناً فاشترى بتلك الصفة بأقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر ا هـ. وإذا كان معيناً فهو كالموصوف فشمل ما إذا كان خلاف الجنس عرضاً أو نقداً خلافاً لزفر في الثاني. وما إذا كان ما اشترى به مثل قيمة ما أمر به أو أقل كما في البزازية. وفي كافي الحاكم: ولو أمره أن يشتري له عبداً بألف درهم فاشتراه بألف ومائة ثم حط البائع المائة عن المشتري كان العبد للمشتري دون الآمر ا هـ. وفي الواقعات الحسامية: قال الأسير لرجل اشترني بألف فاشتراه بمائة دينار أو بعرض جاز وله أن يرجع على الأسير بألف والوكيل بالشراء بألف درهم إذا اشترى بمائة دينار أو بعرض لا يلزم الموكل شيء ا هـ. وفي خزانة المفتين من الصرف: الأسير إذا أمر رجلاً أن يفديه بألف ففداه بألفين يرجع بألفين عليه وليس بمنزلة الوكيل بالشراء.

قوله: **(وإن كان بغير عينه فالشراء للوكيل إلا أن ينوي للموكل أو يشتريه بماله)** هكذا أطلقه المؤلف وفصله في الهداية فقال: هذه المسألة على وجوه: إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر هو المراد عندي بقوله «أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلاً وخلافاً، هذا بالإجماع وهو مطلق. وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً أو يفعله عادة إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعاً وعرفاً، وإن أضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر فهو للآمر، وإن نواها لنفسه

الأول كان البيع فاسداً استحساناً. وتبين بما ذكر أنهما اعتبرا جنسين مختلفين في حكم الربا شهد بالدراهم والآخر بالدنانير أو شهد بالدراهم والمدعي دنانير أو على العكس لا تقبل الشهادة، وكذلك في باب الإجارة اعتبرا جنسين مختلفين على أن من استأجر من آخر داراً بدراهم وأجرها من غيره بدنانير أو على العكس وقيمة الثاني أكثر من الأول تطيب له الزيادة، فما ذكر في الجامع أنهما جعلا جنساً واحداً فيما عدا حكم الربا على الإطلاق غير صحيح؛ كذا في التتارخانية اهـ. قلت: وذكر العمادي في فصوله أن الدراهم أجريت مجرى الدنانير في سبعة مواضع، وقد ذكر المؤلف أوائل البيوع عند قوله «ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن» أنه ليس للحصر قوله: **(أطلقه فشمل المخالفة في الجنس وفي القدر)** وعليه الفرع المار آنفاً عن القنية تأمل.

قوله: **(وإن أضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر الخ)** هذا إذا اشتراه بثمن حال وإن

....

فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل. وإن تكاذبا في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية قال محمد: هو للعاقد لأن الأصل إن أكل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت. وعند أبي يوسف يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقاً يحتمل الوجهين فيبقى موقوفاً فمن أي المالين نقد نفذ فعل ذلك المحتمل لصاحبه، ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه اهـ. وقول الإمام فيما ذكره العراقيون مع محمد وغيرهم ذكروه مع الثاني، وبهذا علم أن معنى الشراء للموكل إضافة العقد إلى ماله لا النقد من ماله، وأن محل النية للموكل ما إذا أضافه إلى دراهم مطلقة، وظاهر ما في الكتاب ترجيح قول محمد من أنه عند عدم النية يكون للوكيل لأنه جعله للوكيل إلا في مسألتين، وظاهر ما في الهداية أنه لا اعتبار بنيته لنفسه إذا أضافه إلى مال موكله ولا بنيته لموكله إذا إضافه إلى مال نفسه، وأن نقده الثمن من مال موكله علامة نيته له وإن لم يضفه إلى ماله. وفي كافي الحاكم: ولو وكله أن يشتري له أمة وسمى جنسها ولم يسم الثمن فاشترى أمة وأرسل بها إليه فوطئها الآمر فعلقت فقال الوكيل ما اشتريتها لك فإنه يحلف على ذلك ويأخذها وعقرها وقيمة ولدها للشبهة التي دخلت، وإن كان حين بعث بها إليه أقر أنه اشتراها له أو قال هي الجارية التي أمرتني أن أشتريها لك لم يستطع الرجوع في شيء من أمرها، فإن أقام البينة أنه حين اشتراها أشهد أنه اشتراها لنفسه لم يقبل ذلك منه اهـ. وبه علم أن الإرسال للموكل لا يكون معيناً كونه اشتراها له وأنهما إذا تنازعا في كون الشراء وقع له يحلف الوكيل، ومحله أن لم ينقد الثمن وإلا فقدمنا أنه يحكم النقد بالإجماع عند التكاذب، وذكر الشارح أنه إذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان اهـ. وهو ظاهر في أن قضاء الدين بمال الغير صحيح موجب لبراءة الدافع موجب للضمان، وقد

بمؤجل فهو للوكيل. قال في التتارخانية: وإن اشترى بدراهم مطلقة فهو على وجهين: إن اشترى حالاً يحكم النقدان نقد من دراهم الموكل فالشراء للموكل، وإن نقد من مال نفسه فالشراء له، وإن لم ينقد يرجع في البيان إلى الوكيل ثم قال: وإن اشترى مؤجلاً فالشراء يكون للوكيل حتى لو ادعى الشراء بعد ذلك للموكل لا يصدق إلا أن يصدقه الموكل قوله: **(وإن توافقا على أنه لم تحضره النية)** قال في الحواشي السعدية: ههنا احتمالان آخران: أحدهما أن يقول الوكيل لم تحضرني النية فقال الموكل بل نويت لي، والثاني عكس هذا اهـ قوله: **(وهو ظاهر في أن قضاء الدين الخ)** قال المقدسي: وفيه كلام فإن أراد بقوله «إن قضاء الدين بمال الغير صحيح أنه جائز ونافذ ولا إثم فيه ولا ينقض فهو باطل ضرورة أن هذا المال مغصوب ولم يقل أحد بأن المغصوب يجوز التصرف فيه ويقضي به الدين، ولو طلبه صاحبه لا يمكن فيه ولا شك أن رب دراهم الغصب لو رآها مع الدائن وبرهن عليها له أخذها وينقض القضاء وما نقله عن الزيلعي وغيره لا يشهد له لأنه جعله قرضاً، والقرض

....

ذكر الشارح في بيع الفضولي أن من قضى دينه بمال الغير صار مستقرضاً في ضمن القضاء فيضمن مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً ا هـ. وفي منظومة ابن وهبان:

وكيل قضى بالمال ديناً لنفسه يضمن ما يقضيه عنه ويهدر

ومعنى كونه يهدر أنه يكون متبرعاً وهي حادثة الفتوى. وأطلق في قوله «بغير عينه» فشمل ما إذا لم يعينه وأضافه إلى مالكه لما في البزازية: اشتر لي جارية فلان فسكت وذهب واشتراها إن قال اشتريتها لي فله، وإن قال للموكل فله، وإن أطلق ولم يضف ثم قال كان لك إن كانت قائمة ولم يحدث بها عيب صدق، وإن هالكه أو حدث بها عيب لا يصدق ا هـ. وأشار المؤلف بصحة تعيين الوكيل إلى ما في البزازية: وكله بشراء عبد وبين جنسه وثمنه والآخر بمثل ذلك فاشترى فرداً بذلك الجنس والثمن وقال كان لفلان يجوز تعيينه، وإن مات فعلى من سمى، وإن اختلف الثمنان وزعم الوكيل المخالفة في ثمن سماه موكله فمن الوكيل ا هـ. وأشار بالنية إلى أنه لو صرح بكونه اشتراه للموكل كان له بالأولى. وفي تهذيب القلانسي: إلا أن ينويه للموكل أو يصرح بذكره أو يشتريه بماله ا هـ. وقدمنا عن الكافي أنه مع التصريح للموكل لا يمكن أن يجعله لنفسه قال: ولو اشتراه بغير ماله فهو موقوف على إجازة الموكل ا هـ. وفي بيوع البزازية: وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى من قطعت يده نفذ على الموكل عند الإمام لإطلاق اللفظ، ولو بعينه فقطعت يده لا يلزم لأنه يتناول السليم بحكم الإشارة ا هـ. وفي الواقعات الحسامية: أمر غيره بأن يشتري له عبد فلان بعبد المأمور ففعل جاز والعبد للآمر وعليه للمأمور قيمة عبد المأمور ا هـ. ومن بيوع الخانية: امرأة أمرت زوجها أن يبيع جاريتها ويشتري لها أخرى ففعل ثم قال الزوج اشتريت الجارية الثانية لنفسي وجعلت ثمن جاريتك ديناً على نفسي قالوا: الجارية الثانية للمرأة ولا يصدق الزوج أنه

إنما يصح بالاختيار والرضا والضمان والرضا لا يجوز على الجواز، ويحمل على ما إذا أجاز رب الدراهم وإلا فله منعها ومنع الوفاء بها ونقض القضاء. نعم إذا هلكت عند الدائن فله تضمين أي شاء من الدافع والقابض لأن صحيح القضاء يقتضي أن لا يطالب القابض بل الدافع. وأما مسألة المنظومة ففيها دفع مال نفسه باختياره ورضاه عن دين الموكل فلا يمس ما نحن فيه فصح وصار متبرعاً فلا رجوع له فيما كان عنده من المال لأنه لزم ذمته وتبرع من عنده بقضاء الدين اهـ. قوله: **(وفي منظومة ابن وهبان الخ)** قال الرملي قال شارحها: مسألة البيت من القنية: قال الوكيل بقضاء الدين صرف مال الموكل إلى دين نفسه ثم قضى دين الموكل من مال نفسه ضمنه وكان متبرعاً ومقتضاه سقوط الدين عن الموكل وإليه أشار بقوله «ويهدر» اهـ.

قوله: **(وبين جنسه وثمن الآخر الخ)** أي وكله الآخر بمثل ما وكله الأول قوله: **(وفي الواقعات الحسامية الخ)** قال الرملي: فرع الواقعات هذا يؤيد ما بحثناه من أن الإضافة إلى المالك في

وإن قال اشتريت للآمر وقال الآمر لنفسك فالقول للآمر وإن كان دفع إليه الثمن

اشتراها لنفسه، وكذا لو قال الزوج للمرأة بعد الشراء هذه الجارية التي أمرتني بشرائها اشتريتها لنفسي فالجارية للمرأة ولا يقبل قول الزوج ا هـ. وكأنه أولاً أضاف الشراء لها وإلا فالنقد من مالها لا يعين كونها لها كما قدمناه.

قوله: **(وإن قال اشتريت للآمر وقال الآمر لنفسك فالقول للآمر وإن كان دفع إليه الثمن فللمأمور)** لأنه في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر، وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله. أطلقه فشمل ما إذا كان العبد ميتاً أو حياً، ولا خلاف في الأول أنه على التفصيل المذكور، وفي الثاني اختلاف فقال الإمام الأعظم: هو كذلك على التفصيل. وقالا: القول للمأمور وإن لم يكن الثمن منقوداً لأنه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه. وله أنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنه أمين فيه فيقبل قوله تبعاً لذلك ولا ثمن في يده هنا، وذكره هذه عقيب مسألة التوكيل بغير المعين دليل على أن الاختلاف فيه. قيد به لأنه لو وكله بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور، سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود إجماعاً لأنه أخبر عما يملك استئنافة، ولا تهمة فيه لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على قوله وإن كان ميتاً فكما إذا كان غير معين من أنه إذا كان غير منقود فالقول للآمر وإلا فللمأمور. وحاصله كما قاله الشارح أن الثمن إن كان منقوداً فالقول للمأمور في جميع الصور، وإن كان غير منقود فإن كان ميتاً فالقول للآمر وإلا فللمأمور عندهما، وعنده في غير موضع التهمة وفي موضعها القول للآمر. وفي البزازية معزياً إلى العيون: اشتر لي جارية فلان فذهب وساوم ثم قال المأمور

الجارية تعينها والله تعالى أعلم قوله: **(وإلا فالنقد من مالها لا يعين كونها لها كما قدمناه)** قال الرملي: قد قدم أنه عند التكاذب يحكم النقد بالإجماع فتأمل قوله: **(وعنده في غير موضع التهمة)** لعل المراد بها ما إذا كان بعد التعيب. ثم رأيت في حاشية مسكين قال: فإن قلت بماذا تثبت التهمة؟ قلت: بالرجوع إلى أهل الخبرة، فإن أخبروا أن الثمن يزيد على القيمة زيادة فاحشة تثبت وإلا فلا اهـ. قوله: **(وفي البزازية معزياً إلى العيون الخ)** قال الرملي: هذا الفرع هو الفرع الذي قدمناه عن البزازية أيضاً في المقولة التي قبل هذه المقولة اشتر لي جارية فلان فسكت الخ. قوله: **(وينبغي حمل حال الهلاك أو التعييب على ما إذا كان غير منقود الخ)** لما قدمه أن الثمن إن كان منقوداً فالقول للمأمور في جميع الصور ومنها حالة الهلاك والتعييب. وقال الرملي: لا حاجة إلى تكلف الحمل على ما إذا لم يكن منقوداً مع عدم ذكره أصلاً كما هو ظاهر إذ الأصل عدمه اهـ. يعني أن فرض المسألة لم يذكر فيها الثمن والأصل عدم ذكره فلا حاجة إلى ما قاله لأنه المفروض.

فللمأمور وإن قال يعني هذا لفلان فباعه ثم أنكر الأمر أخذه فلان إلا أن يقول لم آمره به إلا أن يسلمه المشتري إليه وإن أمره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمناً فاشترى له

اشتريتها لفلان كان لموكله، وإن قال اشتريتها لنفسي كان له، وإن قال اشتريتها بلا إضافة ثم قال قبل أن يحدث به عيب أو يهلك اشتريتها لفلان فلفلان وإن بعد هلاكها أو تعيبها لم يقبل بلا تصديق الموكل ا هـ. ولم يفصل بينهما إذا كان الثمن منقوداً أو غير منقود حال موته أو تعيبه، وينبغي حمل حال الهلاك أو التعيب على ما إذا كان غير منقود، سواء قلنا إنه معين للإضافة أو غير معين بالشخص. قوله: **(وإن قال بعني هذا لفلان فباعه ثم أنكر الأمر أخذه فلان)** أي أنكر المشتري أن يكون فلان أمره بالشراء لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق قوله: **(إلا أن يقول لم آمره به)** أي فلان لم آمر المشتري بشرائه فإنه لا يأخذه فلان لأن الإقرار ارتد برده، ولم يذكر المؤلف أنه ينفذ الشراء على المشتري لكن قوله بعده **(إلا أن يسلمه المشتري إليه)** يدل على أنه نفذ الشراء عليه وصار ملكاً له، ثم تسليمه بعده لفلان وأخذ فلان له بيع بالتعاطي فتكون العهدة عليه.

وفي الهداية: ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب ا هـ. وقلت: ودلت أيضاً على أن بعني لفلان ليس إضافة إلى فلان إذ لو كان إضافة الشراء له لتوقف لقولهم إن شراء الفضولي لا يتوقف إلا إذا إضافه إلى غيره، وصورة إضافته إلى غير المشتري أن يقول بع عبدك من فلان كما في فتح القدير من بحث الفضولي فلم يضفه المشتري إلى نفسه، وإنما أضافه إلى الغير بخلاف بعني لفلان فإنه أضافه إلى ياء المتكلم. وقوله «لفلان» يحتمل بشفاعة فلان كما قال محمد: لو أن أجنبياً طلب من الشفيع تسليم هذه الدار فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة كأنه قال لأجلك لكن إذا أقر فلان بالأمر جعلنا اللام للتمليك. . وفي فروق الكرابيسي: شراء الفضولي على أربعة أوجه: الأولى أن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا والفضولي يقول اشتريت لفلان بكذا أو قبلت ولم يقل لفلان فهذا يتوقف. الثاني أن يقول البائع بعت من فلان بكذا والمشتري يقول اشتريته لأجله أو قبلت يتوقف. الثالث بعت هذا منك بكذا فقال اشتريت أو قبلت ونوى أن يكون لفلان فإنه ينفذ عليه. الرابع أن يقول اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول بعت منك بطل العقد في أصح الروايتين ا هـ. قيد بالتسليم لأن فلاناً لو قال أجزت بعد قوله لم آمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لأن الإجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري؛ كذا في المعراج. وفي كافي الحاكم: ولو أن رجلاً اشترى عبداً وأشهد أنه يشتريه لفلان فقال

قوله: **(أي فلان)** تفسير للضمير المستتر في «يقول» قوله: **(ولم يذكر المؤلف أنه ينفذ الشراء على المشتري الخ)** قال الرملي: محله ما إذا قال يعني لفلان، أما إذا قال بعه لفلان أو بع فلاناً عبدك

أحدهما صح وبشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح

فلان قد رضيت فأراد المشتري أن يمنعه كان له ذلك، فإن سلمه له وأخذ الثمن كان هذا بمنزلة بيع مستقبل بينهما ا هـ. وفي الواقعات الحسامية: ولو أن رجلاً أمر رجلاً بأن يشتري له عبد فلان بألف فقال صاحب العبد للوكيل بعت عبدي هذا من فلان الموكل بألف فقال الوكيل قبلت لزم الوكيل لأن الموكل أمره أن يقبل على نفسه حتى تلزم العهدة الوكيل دون الآمر وهو قبل على الموكل فصار مخالفاً. قلت: يجب أن يعتبر فضولياً لأن هذا قبول لغيره لأن البائع أوجب البيع للموكل والوكيل قبل ذلك الإيجاب فصار كما لو قال قبلت لفلان الموكل، وإذا كان قبولاً لغيره تعذر تنفيذه عليه فيتوقف وقد ذكرت ذلك لأستاذنا فصوبني ا هـ قوله: **(وإن أمره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمناً فاشترى له أحدهما صح)** لأن التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع. أطلقه وهو مقيد بما إذا اشتراه بقدر قيمته أو بزيادة يتغابن الناس فيها، أما بما لا يتغابن فيها الناس فلا يجوز إجماعاً والعذر له أنه سيقيد شراء الوكيل به فيما يأتي فلذا تركه هنا. ولم يذكر الشارحون فائدة التقييد بالمعينين والظاهر أنه اتفاقي فغير المعين كالمعين إذا نواه للموكل أو اشتراه له.

قوله: **(وبشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح وبالأكثر لا إلا أن يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة)** لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمراً بشراء كل واحد منهما بخمسمائة، ثم الشراء بهما موافقة وبأقل منهما مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر. قلت: الزيادة أو كثرت ولذا أطلق في قوله و

أو بعه من فلان ونحوه فلا ينفذ عليه أيضاً وقد وضحه هذا الشارح بقوله «ودلت أيضاً الخ» قوله: **(وقد ذكرت ذلك لأستاذنا فصوبني)** أي نسبني إلى الصواب. وقال الرملي: أي قال لي أصبت وتقدم في شرح قوله «والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه» أن ابن ملك فهمه من الخلاصة والبزازية فراجع ذلك وانظر ما كتبناه في الحاشية اهـ. قلت: الذي مر عن الخلاصة والبزازية هناك مخالف لما فهمه ابن الملك، وقدمنا أن الذي في ابن الملك منقول عن الفصول نقله عنها في شرحه على المجمع. نعم ما ذكره هنا بحثاً تقدم هناك في عبارة الخلاصة والبزازية حيث قال: وقال أبو القاسم الصغار: الصحيح أن الوكيل يصير فضولياً ويتوقف العقد على إجازة الموكل اهـ. وانظر ما كتبناه هناك عن نور العين قوله: **(ولم يذكر الشارحون فائدة التقييد بالمعينين الخ)** قال في حاشية مسكين بعد نقله: وتبعه بعضهم كالحموي والدر وغيرهما. وأقول: دعوى أن التقييد اتفاقي غير مسلم لأنه عند عدم التعيين يبطل التوكيل لعدم تسمية الثمن أو ما يقوم مقامه من بيان النوع كالتركي والحبشي فهذا غفلة عن قول المصنف فيما سبق قريباً «أمره بشراء عبد أو دار صح إن سمى ثمنا وإلا فلا» اهـ. أقول: بيان الثمن أو النوع لا يخرجه عن كونه غير معين وقد قدم المؤلف أن الإضافة إلى المالك مثل جارية فلان لا تعينه، ونقل هناك عن البزازية وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى من قطعت يده نفذ على الموكل

وبالأكثر لا إلا أن يشتري الباقي بما بقى قبل الخصومة وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المأمور وبشراء أمة بألف دفع إليه فاشترى فقال

«بالأكثر لا» فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحساناً لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما يثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها. وقال أبو يوسف ومحمد: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز لأن التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلناه ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر. قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: احتمل أن المسألة لا اختلاف فيها لأن أبا حنيفة إنما قال لم يجز شراؤه على الآمر إذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها، وهما قالا فيما يتغابن الناس أنه يلزم الآمر فإذا حمل على هذا الوجه لا يكون في المسألة اختلاف واحتمل الاختلاف ففي قوله إذا زاد على خمسمائة قليلاً أو كثيراً لا يجوز على الآمر، وفي قولهما يجوز إذا كانت الزيادة قليلة ا هـ قوله: **(وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المأمور)** لأن في تعيين المبيع تعين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكر إن شاء الله تعالى. وإن لم يعينهما نفذ الشراء على المأمور، فإن مات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري، وإن قبضه الآمر فهو له بيعاً بالتعاطي وهذا عنده. وقالا: هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور وعلى هذا الخلاف إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً ألا ترى لو تبايعاً عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء، فيصح التوكيل ويلزم الآمر لأن يد الوكيل كيده. ولأبي حنيفة أنها تتعين في الوكالات ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة، وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمراً بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط مالي عليك من شئت بخلاف ما إذا عين البائع فإنه يصير وكيلاً عنه في القبض ثم يتملكه. قيد بالتوكيل بالشراء لأنه لو أمره بالتصدق بما عليه صح لأنه جعل المال لله وهو معلوم، ولو أمر المستأجر بمرمة ما استأجره مما عليه من الأجرة صح أو بشراء عبد يسوق الدابة وينفق عليها صح اتفاقاً للضرورة لأن المستأجر لا يجد الآجر في كل وقت فأقيمت العين مقام المؤجر في القبض.

تنبيهان: الأول في حكم النقود في الوكالات. الثاني فيما إذا ادعى المستأجر المأذون له

عند الإمام، ولا يخفى أنه مقيد ببيان النوع أو الثمن وإلا لم تصح الوكالة، وتقدم متناً أيضاً لو وكله بشراء شيء بغير عينه فالشراء للوكيل إلا أن ينوي للموكل أو يشتريه بماله تأمل.

اشتريت بخمسمائة وقال المأمور بألف فالقول للمأمور وإن لم يدفع فللآمر وبشراء هذا

المرمة هل يحتاج إلى بيان أو لا. أما الأول ففي بيوع خزانة المفتين: ولو قال لغيره اشتر لي بهذا الألف الدراهم جارية فأراه الدراهم ولم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت ثم اشترى جارية بألف لزمت الموكل، والأصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالة قبل التسليم بلا خلاف، وكذا بعده على الأصح. وفائدة النقد والتسليم على الأصح شيئان: أحدهما توقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة، والثاني قطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل بالثمن، ولو كان الموكل دفع الدراهم إلى الوكيل فسرقت من يده لا ضمان عليه، فإن اشترى بعد ذلك نفذ الشراء عليه، وإن هلكت بعد الشراء فالشراء للموكل ويرجع بمثله، فإن اختلفا في كون الهلاك قبله أو بعده فالقول للآمر مع يمينه ا هـ. الثاني إذا ادعى المستأجر أنه عمر لا يقبل منه إلا ببينة، وكذا كل مديون أو غاصب ادعى بعد الإذن الدفع لم يبرأ إلا ببينة بخلاف الأمين المأذون بالدفع إذا ادعاه فإنه يقبل قوله كما في فتاوى قارئ الهداية وغيرها، وفي وديعة البزازية ما يخالف مسألة الدين فلينظر ثمة قوله: **(وبشراء أمة بألف دفع إليه فاشترى فقال اشتريت بخمسمائة وقال المأمور بألف فالقول للمأمور)** لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر. أطلقه وهو

قوله: **(وإن لم يعينهما)** أي لم يعين المبيع ولا البائع قوله: **(أما الأول ففي بيوع خزانة المفتين الخ)** نقل مثله في نور العين في الفصل السابع عشر ونقل فيه قبله ما نصه: (شخ) يتعين النقدان في التبرعات كهبة وصدقة والنقود تتعين في الشركات والمضاربات والوكالات بعد التسليم إلى هؤلاء لكونها أمانة، وقبل التسليم لا تتعين وجيز النقدان لا يتعينان في المعاوضات وفسوخها، وإن عينت حتى لا يستحق عينها وللمشتري أن يمسكها ويرد مثلها ويتعينان في الغصوب والأمانات والوكالات والشركات ونحوها اهـ. وقال في الأشباه والنظائر في أحكام النقود وفي وكالة البناية: أعلم أن عدم تعيين الدراهم والدنانير في حق الاستحقاق لا غير فإنهما يتعينان جنساً وقدراً ووصفاً بالاتفاق وبه صرح الإمام العتابي في شرح الجامع الصغير اهـ. قال الحموي: يعني أن من حكم النقود أنها لا تتعين ولو عينت في عقود المعاوضات وفسوخها في حق الاستحقاق فلا تستحق عينها فللمشتري إمساكها ودفع مثلها جنساً وقدراً ووصفاً هذا هو المراد اهـ. وقد مر آنفاً من الاستدلال للإمام وصاحبيه أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات عندهما، ويتعينان عنده في الوكالات. ثم عليك بالتأمل في قوله «وفائدة النقد والتسليم الخ» بعدما ذكره من الأصل المذكور وهو أنهما لا يتعينان، وكذا ما ذكره بعده من أنه لو اشترى بعدما سرقت نفذ الشراء عليه فإنه دليل على تعينهما كما هو قول الإمام لا على عدمه والله تعالى أعلم قوله: **(لزمت الموكل)** صوابه الوكيل وأن يكون قوله بعد ذلك «يتعينان» بدون «لا» لما سيأتي في تعليل ذلك.

العبد ولم يسم ثمناً فقال المأمور اشتريته بألف وصدقه البائع وقال الآمر بنصفه تحالفاً

مقيد بما إذا كانت تساوي ألفاً فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والأمر تناول ما يساوي ألفاً فيضمن؛ كذا في الهداية، ولم يذكر ما إذا كانت قيمتها بينهما قوله: **(وإن لم يدفع فللآمر)** أي وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول للآمر. أطلقه وهو مقيد بما إذا كانت قيمتها خمسمائة لكونه مخالفاً، وأما إذا كانت قيمتها ألفاً فإنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل نزلاً منزلة البائع والمشتري وقد اختلفا في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما حكماً فتلزم الجارية المأمور.

قوله: **(وبشراء هذا العبد ولم يسم ثمناً فقال المأمور اشتريته بألف وصدقه البائع وقال**

قوله: **(فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر)** زاد في الدرر تبعاً لصدر الشريعة بلا يمين، وعبارة الصدر وابن الكمال والمراد بقوله صدق في جميع ما ذكر التصديق بغير الحلف، وفي حاشية العلامة الواني على الدرر أقول: ما ذكره الشارح من قوله بلا يمين مخالف للعقل والنقل، أما العقل فلأن القول إذا كان للآمر يحكم بلزوم العبد مثلاً على المأمور فهذا الحكم بمجرد قول الخصم بلا يمينه بعيد جداً، وأما النقل فلأنه قال في الهداية: ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمناً فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه اهـ. على أن تصديق البائع إذا احتيج إلى تحليف المأمور فبدونه يكون أولى. فإن قيل: سكوت صاحب الهداية وغيره عن ذكر اليمين في الصورة السابقة وتعرضهم لها في هذه الصورة يشعر أن لا تجب اليمين فيها كما قال الشارح. قلنا: لعل سكوتهم في الصورة المذكورة بناء على ظهورها، وأما تعرضهم لها في هذه الصورة فتوطئة لبيان الاختلاف الآتي هل يجب اليمين فقط أو تحالف الجانبين. لا يقال إذا كان الغبن فاحشاً لا يلزم على الآمر، سواء حلف أو لم يحلف فلا يكون فائدة، ويكون قول الشارح «بلا يمين» في موقعه لأنا نقول: فائدتها أن المأمور قد يتضرر ببقاء العبد عليه، فلو استحلف الآمر يحتمل أن يقول اشتراه بأكثر ومثل هذا الاعتراض يرد على صدر الشريعة أيضاً فإنه قال بغير الحلف وكأنه مأخذ الشارح. ويحتمل أن تكون كلمة «بغير» تصحيفاً عن بعد وهذا توجيه تفرد به أضعف العباد والله تعالى الهادي اهـ. واعترض ذلك أيضاً في الحواشي اليعقوبية حيث قال: هذا ليس بمذكور في غير هذا الكتاب وفيه كلام وهو أنه صرح في الكافي في المسألة السابقة المذكورة في المتن بقوله «فإن قال شريت عبداً للآمر فمات فقال الآمر الخ. بأن المراد من تصديق الوكيل تصديقه مع يمينه لأن الثمن كان أمانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة من الوجه الذي أمر به فكان القول له. ولا فرق في تصديق الوكيل لأجل كونه أميناً بين موضع وموضع فيكفي التصريح في موضع فلا يتم قول الشارح كما لا يخفى فليتأمل اهـ. قلت: وذكر في نور العين في مسائل اليمين قبيل الفصل السادس عشر القول في كل أمانة للأمين مع يمينه، وكذا البينة بينته والضمين تقبل بينته لا يمينه على الإيفاء اهـ. وعلى هذا فكيف يكون القول للمأمور بلا يمين في المسألة الأولى، وكذا كيف يكون للآمر في الثانية بلا يمين فتدبر قوله: **(ولم يذكر ما إذا كانت قيمتها**

....

الآمر بنصفه تحالفا) للاختلاف في الثمن وقدمناه، وقيل لا تحالف هنا لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر، وفي المسألة الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف. وقيل: يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لم يجز بينهما عقد فلا يصدق عليه فبقي الخلاف، وهذا قول الشيخ الإمام أبي منصور وهو أظهر؛ كذا في الهداية. والحاصل أن التصحيح قد اختلف فصحح قاضيخان عدم التحالف تبعاً للفقيه أبي جعفر، وصحح المصنف في الكافي التحالف تبعاً للهداية بناء على أن قوله «أظهر» بمعنى «أصح» كما في المعراج. وأما الإمام محمد فإنما نص في الجامع الصغير على أن القول للمأمور مع يمينه فمنهم من نظر إلى ظاهره فنفى التحالف، ومنهم من قال مراده التحالف بدليل ما ذكره في موضع آخر من جريانه بأنه عند اختلافهما، وإنما نص على يمين الوكيل هنا لأنه هو المدعي ولا يمين عليه إلا في التحالف فكان هو المقصود والموكل منكر واليمين عليه ظاهراً فلم يحتج إلى بيانهما. قيد باتفاقهما على أنه لم يسم له ثمناً لأنهما لو اختلفا في تسميته فقال الآمر أمرتك أن تشتريه لي بخمسمائة وقال المأمور أمرتني بالشراء بألف فالقول قول الآمر مع يمينه لأن ذلك يستفاد من جهته فكان القول قوله. ويلزم العبد المأمور لمخالفته فإن أقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لأنها أكثر إثباتاً، وقدمنا بحثاً لو دفع الآمر مالاً ليدفعه إلى آخر فدفعه ثم اختلفا فقال الآمر إنما أمرتك بدفعه إلى غيره وقال المأمور أمرتني بالدفع إليه أن القول للمأمور ولا ضمان عليه لكونه أميناً، واستشهدنا له بفرع في المضاربة فربما يشكل عليه ما ذكروه هنا بجامع أن ذلك يستفاد من جهته وكل من الوكيلين أمين لكن الوكيل بالشراء منزل منزلة البائع، فغاية الأمر أنه لما لم يثبت الأمر خرج عن أن يكون بائعاً ونفذ الشراء عليه ولم يلحقه ضمان بخلاف الوكيل بالقبض فإنه يلحقه الضمان لو لم يقبل قوله مع أنه أمين فافترقا إلا أن يوجد نقل فيجب اتباعه. وقولي هنا إنهما اتفقا على عدم تسمية الثمن أولى من قول الشارح، وهذا فيما إذا اتفقا على أنه أمره أن يشتريه له بألف إذ المسألة إنما فرضها المؤلف وغيره فيما إذا لم يسم

بينهما) يفهم من عبارة ابن الكمال في الإصلاح فإن أعطاه الألف صدق هو إن ساواه وإلا فالآمر وإن لم يكن أعطاه الألف وساوى أقل منه صدق الآمر وإن ساواه تحالفاً.

قوله: **(ومنهم من قال مراده التحالف الخ)** استشكله الزيلعي بأنه وإن كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك ولا على الأول، فإن قوله «أن القول للمأمور مع يمينه» يدل على أن المأمور يصدق فيما قال، وفي التحالف لا يصدق واحد منهما ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك. قوله: **(وقدمنا بحثاً الخ)** أي في أول كتاب الوكالة قوله: **(بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره)** الجار والمجرور في قوله متعلق بالوكيل قال في الكافية: أي بخلاف ما لو وكله غير العبد

وبشراء نفس الآمر من سيده بألف ودفع فقال لسيده اشتريته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وإن قال اشتريته فالعبد للمشتري والألف لسيده وعلى المشتري ألف مثله وإن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال للمولى بعني نفسي لفلان ففعل فهو

ثمناً فهو سهو والله تعالى أعلم. وفي الخانية: رجل وكل رجلاً بأن يشتري له أخاه فاشترى الوكيل فقال الموكل ليس هذا بأخي كان القول قوله مع يمينه ويكون الوكيل مشترياً لنفسه ويعتق العبد على الوكيل لأنه زعم أنه أخو الموكل وعتق على موكله ا هـ.

قوله: **(وبشراء نفس الآمر من سيده بألف ودفع فقال لسيده اشتريته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وإن قال اشتريته فالعبد للمشتري والألف لسيده وعلى المشتري ألف مثله)** لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا ترجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى نفسه بنفسه، وإذا كان إعتاقاً أعقب الولاء وإن لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقته للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يبين فيحافظ عليه بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمناً للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقدين هناك على نمط واحد ففي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد، وأما ههنا أحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان. وقوله «والألف لسيده» راجع إلى المسألتين، وكان ينبغي أن يقول بعده وعلى العبد ألف أخرى بدل الإعتاق وعلى المشتري في الثانية ألف ثمن العبد لبطلان الأداء فيهما لاستحقاق المولى ما أداه بجهة أخرى وهو أنه كسب عبده فكان مملوكاً له قبل الشراء وقبل العتق. وأشار باحتياج الوكيل إلى إضافته إلى العبد الموكل إلى أنه سفير لا ترجع الحقوق إليه فالمطالبة بالألف الأخرى على العبد لا على الوكيل وهو الصحيح، وحيث علم أن شراء العبد نفسه من مولاه إعتاق معنى وإن كان شراء صورة لم تعتبر فيه أحكام الشراء، ولذا صرح في المعراج بأنه إذا اشترى نفسه إلى العطاء صح ا هـ. فعلى هذا لا يبطل بالشرط الفاسد ولا يدخله خيار شرط. وفي بيوع الخانية من الاستحقاق: عبد اشترى نفسه من مولاه ومعه رجل آخر بألف درهم صفقة واحدة؛ ذكر في المنتقى أنه يجوز في حصة العبد وحصة الشريك باطل ولا يشبه هذا الأب إذا اشترى ولده مع رجل آخر بألف درهم فإنه يجوز العقد في الكل ا هـ قوله: **(وإن قال لعبد**

أن يشتريه له فإنه يصير مشترياً للآمر، سواء أعلم الوكيل البائع أنه اشتراه لغيره أو لم يعلمه، وهنا ما لم يعلمه أنه يشتري للعبد لا يصير مشترياً للعبد لأن العقدين ثمة على نمط واحد لأنه في الحالين شراه وفي الحالين المطالبة متوجهة إلى الوكيل فلا يحتاج إلى البيان قوله: **(وكان ينبغي أن يقول الخ)** قال الإمام قاضيخان في الجامع الصغير: وفيما إذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على

للآمر وإن لم يقل لفلان عتق.

فصل

الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له ويصح بيعه بما قل وكثر

اشتر لي نفسك من مولاك فقال للمولى بعني نفسي لفلان ففعل فهو للآمر وإن لم يقل لفلان عتق) بيان لما إذا كان العبد وكيلاً بشراء نفسه بعد بيان ما إذا كان العبد موكلاً، وإنما كان هكذا لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع، فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً فيقع العقد للآمر، وإن عقد لنفسه فهو حر لأنه إعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة، والعبد وإن كان وكيلاً بشراء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل. وأشار بقوله «وإن لم يقل لفلان عتق» إلى أنه لو قال بعني نفسك لنفسي فإنه يعتق بالأولى. وأنما عتق في المطلق لأنه يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالاً بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه. ولما قدم المؤلف أول البيوع أن البيع لا ينعقد إلا بلفظين ماضيين علم أن قوله هنا في صورة وقوعه للآمر بعني ليس إيجاباً فإذا قال المولى بعت فلا بد من قبول العبد ليحصل الإيجاب والقبول بخلافه في صورة وقوعه عتقاً فإنه إيجاب ويتم بقول المولى بعت من غير قبول العبد بناء على أن الواحد يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح ولا يتولى الطرفين في البيع. وفي الكتاب إشارة إلى أنه يتم بقول المولى بعت لأنه قال ففعل؛ كذا في المعراج معزياً للفوائد الظهيرية. وسكت المؤلف عن بيان المطالب بالثمن لما قدمه من أن الحقوق في البيع راجعة إلى الوكيل فيطالب العبد بالثمن في صورة وقوعه للآمر لكونه وكيلاً كما يطالب بالمال في صورة وقوعه عتقاً لكونه أصيلاً ويرجع في الأول على الآمر، ولا يقال العبد هنا محجور عليه والوكيل إذا كان محجوراً عليه لا ترجع الحقوق إليه لأنا نقول: زال الحجر هنا بالعقد الذي باشره مقترناً بأداء المولى والله أعلم.

فصل

قوله: **(الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له)** أي عند أبي حنيفة.

العبد ألف أخرى؟ لم يذكر في الكتاب ثم قال: وينبغي أن يجب لأن الأول مال المولى فلا يصح بدلاً عن ملكه؛ كذا في النهاية.

فصل

قوله: **(لأنه لو أطلق له بأن قال بع من شئت الخ)** قال المقدسي: بع ممن شئت مستدرك لأن

....

وقالا: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والنافع منقطعة بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى، وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز. وله أن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة، ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعاً من نفسه من وجه ودخل في البيع الإجارة والصرف والسلم فهو على هذا الخلاف. قيد بكونه وكيلاً بلا تعميم لأنه لو أطلق له بأن قال بع ممن شئت فإنه يجوز بيعه لهم بمثل القيمة. وأطلق في منع عقده وهو مقيد بما إذا لم يكن بأكثر من القيمة فإن كان بأكثر جاز بلا خلاف، وإن كان بأقل بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع، وإن كان بغبن يسير لا يجوز عنده خلافاً لهما، وإن كان بمثل القيمة فعنه روايتان. وأطلق الوكيل فشمل المضارب إلا أنه إذا كان بمثل القيمة فإنه يجوز عنده باتفاق الروايات، وشمل من ترد شهادته مفاوضة فهو كعبده وشريكه شركة عنان يجوز عقده معه إذا لم يكن ذلك من تجارتهما؛ كذا في الخانية من السلم. وفي الخلاصة: لو باع من ابنه الصغير لا يجوز بالإجماع ا هـ. فعلى هذا كان ينبغي للشارحين أن يقولوا في تقرير قولهما إلا من عبده ومكاتبه ومفاوضه وابنه الصغير فالمستثنى من قولهما أربع. وقيد العبد في المبسوط بغير المديون وفيه إشارة إلى أنه لو كان مديوناً فإنه يجوز؛ كذا في المعراج. وقيد بقوله «له» لأنه لو عقد مع من ترد شهادته للموكل كأبيه وابنه ومكاتبه وعبده المديون جاز، وكذا الوكيل العبد إذا باع من مولاه؛ كذا في الخلاصة. وأشار المؤلف بمنع عقد الوكيل إلى منع بيعه مرابحة ما اشتراه منهم بلا بيان. قال في المعراج معزياً إلى الكافي: ولو اشترى من هؤلاء عيناً بثمن معلوم وأراد بيعه مرابحة لم يجز بلا بيان عنده خلافاً لهما بناء على هذا الأصل ا هـ. وأشار المؤلف إلى منع بيعه من نفسه بالأولى. قال في البزازية: الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه لأن الواحد لا يكون مشترياً وبائعاً فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه، وإن أمره الموكل أن يبيعه من نفسه أو أولاده الصغار أو ممن لا تقبل

الوكيل بمجرد الوكالة يبيع ممن شاء فلا ينبغي إلا أن ينص على بيعه من هؤلاء حتى يكون إطلاقاً ا هـ. وأقول: كون الوكيل بمجرد الوكالة يبيع ممن شاء ممنوع فإن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالة والبيع ممن ذكر موضع تهمة. حموي؛ كذا في حاشية مسكين. قوله: **(وأشار المؤلف إلى منع بيعه من نفسه بالأولى)** قال أبو السعود: الأولوية بالنسبة لمذهب الإمام، وأما الصاحبان فلا يمنعان الوكيل من العقد مع من ترد شهادته له إذا كان بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه بخلاف منعه من البيع من نفسه فإنهما مع الإمام فيه قوله: **(قال في البزازية الخ)** ذكر في نوع آخر الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه الخ. ومثله في الذخيرة حيث قال: وفي وكالة الطحاوي لا يجوز بيع الوكيل من نفسه أو ابن صغير له أو عبد له غير مديون وإن أمره الموكل بالبيع من هؤلاء أو أجاز له ما صنع جاز اهـ. وفي النهاية عن المبسوط: لو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو ابن صغير له لم يجز وإن صرح الموكل بذلك لأن الواحد في

....

شهاته فباع منهم جاز ا هـ. وفي السراج الوهاج: لو أمره بالبيع من هؤلاء فإنه يجوز إجماعاً إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو عبده ولا دين عليه فلا يجوز قطعاً وإن صرح له الموكل ا هـ. وقيد بالوكيل لأن الوصي لو باع منهم بمثل القيمة فإنه يجوز وإن حابا فيه لا يجوز وإن قل والمضارب كالوصي؛ كذا في السراج الوهاج. وفي جامع الفصولين: لو باع القيم مال الوقف أو أجر ممن لا تقبل شهادته له لم يجز عند أبي حنيفة وفيه: المتولي إذا أجر دار الوقف من ابنه البالغ أو أبيه لم يجز عند أبي حنيفة إلا بأكثر من أجر المثل كبيع الوصي، ولو أجر من نفسه يجوز لو خيراً وإلا لا ا هـ. ولو حذف قوله «بالبيع والشراء» لكان أولى ليدخل النكاح. قال في البزازية: وكله بتزويج فزوج ابنته الصغيرة لا يجوز ولو كبيرة أو ممن لا تقبل شهادته لها لا يجوز عنده خلافاً لهما ا هـ. وفي السراج الوهاج: ولو اشترى الأب مال ولده الصغير بمثل القيمة أو بأكثر أو بأقل بمقدار ما يتغابن فيه صح الشراء، وبما لا يتغابن فيه لا يصح، وكذا لو باع ماله من ولده الصغير والجد أبو الأب كالأب عند عدمه ووصيه، وأما حكم الوصي فهو كالأب والجد إذا عقد مع أجنبي، وأما مع نفسه فقال الإمام: يجوز إن كان خيراً. وذكر الطحاوي قول أبي يوسف معه. وقال محمد: لا يجوز بحال ا هـ. وتفسير الخيرية في وصايا الخانية. وقيد بالعقد احترازاً عن الوكيل بالقبض. قال الحاكم في الكافي: ولو وكله بقبض دين له على أب الوكيل أو ولده أو مكاتب لولده أو عبده فقال الوكيل قد قبضت الدين وهلك وكذبه الطالب فالقول قول الوكيل، فإذا كان الوكيل عبداً فقال قد قبضت من مولاي أو من عبد مولاي فهلك مني فهو مصدق أيضاً، فإن كان الوكيل ابن الطالب أو المطلوب فهو كذلك ا هـ.

قوله: **(ويصح بيعه بما قل وكثر وبالنقد أو النسيئة)** يعني عند الإمام. وقالا: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بمثل الثمن وبالنقود، ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة ففي الفحم بالشتاء، وفي

باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الأحكام فإنه يكون مشترياً ومستقضياً، قابضاً ومسلماً، مخاصماً في العيب ومخاصماً، وفيه من التضاد ما لا يخفى اهـ. وهذا موافق لما يأتي عن السراج وكأن في المسألة قولين، والوجه ما في النهاية إلا إذا جاز الموكل بعد البيع فلا يرد ما ذكره تأمل.

قوله: **(وتفسير الخيرية في وصايا الخانية)** وعبارته: فسر شمس الأئمة السرخسي الخيرية فقال: إذا اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه ما يساوي عشرة بخمسة عشر يكون خيراً لليتيم وإن باع مال نفسه من اليتيم ما يساوي عشرة بثمانية يكون خيراً لليتيم انتهت قوله: **(ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير)** قال الزيلعي: حالة أو إلى أجل متعارف قوله: **(والجمد)** بسكون الميم لا غير هو ما جمد من

....

الجمد بالصيف، وفي الأضحية بزمانها، ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع. وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة، والبيع بالغبن الفاحش أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن، والتبرم من الغبن أي الملال والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة على ما هو المروي عنه، وأنه بيع من كل وجه حتى إن حلف لا يبيع يحنث به غير أن الأب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما. وفي البزازية: ويفتى بقولهما في مسألة بيع الوكيل بما عَزَّ وهان وبأي ثمن كان اهـ ويستثنى من إطلاق المؤلف الصرف لما في الخلاصة: الوكيل ببيع الدينار والدرهم إذا باع بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز إجماعاً اهـ. وأطلق في جواز بيعه نسيئة وهو مقيد عند أبي يوسف بما إذا كان للتجارة، فإن كان للحاجة لا يجوز كالمرأة إذا دفعت غزلاً إلى رجل ليبيعه لها فهو على البيع بالنقد وبه يفتى، ومقيد بما إذا باع بما يبيع الناس فإن طول المدة لا يجوز، ولو قال بعه بالنقد فباعه بالنقد أو بالنسيئة يجوز. قال الفقيه أبو الليث: والفتوى على قول أبي يوسف. ولو قال لا تبع إلا بالنقد فباع بالنسيئة لا يجوز، ولو قال بعه بالنسيئة بألف فباعه بالنقد بألف يجوز، فإنه باعه بأقل من ألف لا يجوز؛ كذا في الخلاصة ثم قال: لو قال بعه إلى أجلٍ فباعه بالنقد قال الإمام السرخسي: الأصح أنه لا يجوز بالإجماع اهـ. قلت: ولا مخالفة بين الفرعين لأن ما تقدم عين له ثمناً وهذه لم يعينه. وفي البناية: يجوز إلى أجل متعارفاً كان أو غير متعارف. وفي خزانة المفتين: أمره ببيع عبده فباعه نسيئة جاز على الأصح إذا باعه بنسيئة يتبايع بها الناس، أما إذا طول المدة لا يجوز اهـ. وهو تصحيح لقول الإمام في النسيئة وتقييد له ولا يعارضه فتوى الفقيه لأنه في البيع بما قل وكثر كما لا يخفى. وفي البزازية: ومن جوز النسيئة إنما يجوزه بالأجل المتعارف فإن طول لا يجوز، وقيل يجوز عنده وإن طالت المدة اهـ. فإطلاق وإن طالت المدة ضعيف عنده. وفي

الماء فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر؛ كذا في الصحاح والديوان. نهاية قوله: **(وفي البزازية ويفتي بقولهما الخ)** قال الرملي: ذكره في آخر الرابع من كتاب الوكالة وأقول قال الشيخ قاسم في تصحيحه على القدوري: ورجح دليل الإمام وهو المعول عليه عند النسفي أو هو أصح الأقاويل والاختيار عند المحبوبي ووافقه الموصلي وصدر الشريعة قوله: **(وهو مقيد عند أبي يوسف)** ما في المتن على قول أبي حنيفة فما معنى تقييده بقول أبي يوسف قوله: **(على قول أبي يوسف)** أي قوله السابق من تقييد جواز بيعه نسيئة بما إذا كان للتجارة لكن سيأتي من المؤلف قريباً حمله على غير ذلك قوله: **(الأصح أنه لا يجوز بالإجماع)** لعل وجهه أن البيع نسيئة يكون بثمن أزيد من ثمن البيع بالنقد فيكون مراده البيع بالثمن الزائد لأنه قد يكون الثمن الزائد في المال أنفع له من الثمن الأقل في الحال لعدم احتياجه إليه الآن، وهذا بخلاف المسألة الأولى لأنه قد باعه بالنقد بالثمن الذي أمره ببيعه به بالنسيئة فقد حصل له

وبالنقد أو النسيئة وتقيد شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل

الخانية من فصل إجارة الوقف: المتولي إذا أجر الوقف بشيء من العروض والحيوان بعينه قيل بأنه يجوز بلا خلاف بخلاف بيع الوكيل، وكذا الوكيل بالإجارة إذا أجر بمكيل أو موزون أو عروض أو حيوان قيل بأنه يجوز بلا خلاف. قال الفقيه أبو جعفر: في زماننا الإجارة تكون على الخلاف أيضاً لأن المتعارف الإجارة بالدراهم والدنانير ا هـ. وفي الخلاصة: الوكيل بالطلاق والعتاق على مال على الخلاف ا هـ. ومحل الاختلاف عند عدم التعيين من الآمر فإن عين شيئاً تعين إلا فيما قدمناه من تعيين النسيئة مع بيان الثمن فباع حالاً فإنه يجوز، وتقدم لو عين له النقد إثباتاً أو نفياً. وفي الحاوي القدسي: وإن أمره أن يبيعه بشيء معين فباعه بغيره أو بأقل منه لم يجز في قولهم، وإن باعه بأكثر منه من ذلك الجنس جاز ا هـ. وفي كافي الحاكم: فإن باعه بيعاً فاسداً ودفعه لم يكن مخالفاً، ولو قال بعه نسيئة فباعه إلى القطاف أو الحصاد أو النيروز فالبيع فاسد إلا أن يقول المشتري أنا أعجل المال وأدع الأجل فيجوز، ولو وكله ببيع طعام فقال بعه كل كر بخمسين فباعه كله فهو جائز، وإن قال بعه بمثل ما باع به فلان الكر فقال فلان بعت الكر بأربعين فباع ذلك ثم وجد فلان باع بخمسين فالبيع مردود، فإن كان فلان قد باع كراً بخمسين وباع هذا طعامه بخمسين خمسين ثم باع فلان بعد ذلك بستين فذلك جائز ولا ضمان على الوكيل، فإن كان باع كراً بأربعين وكراً بخمسين فباع الوكيل طعامه كله بأربعين أربعين أجزأه استحساناً ا هـ. وفي البزازية: وكله أن يبيع عبده بألف وقيمته كذلك ثم زادت قيمته إلى ألفين لا يملك بيعه بألف. باعه بالخيار ثلاثة أيام فزادت قيمته في المدة له أن يجيز عنده لأنه يملك الابتداء فيملك الإمضاء أيضاً، وإن سكت حتى مضت المدة بطل البيع عند محمد خلافاً للثاني. ، وكله ببيع عبده بمائة دينار فباعه بألف وقال بعت عبدك ولم يذكر ما باع به ولم يعلم به الموكل فقال أجزت جاز بألف ا هـ. وفي الحاوي القدسي: وإن وكل رجلاً ببيع عبد فباعه فضولي فأجاز الوكيل جاز ا هـ. وفي التتمة: الوكيل بالقسمة لا يملكها بغبن فاحش والتوكيل بالتأجيل في الثمن مطلقاً صحيح حتى لو أجله شهراً أو سنة أو سنتين يجوز عند أبي حنيفة على الإطلاق، وعندهما ينصرف إلى المتعارف ا هـ. وفي منية المفتي: قال له بع وخذ رهناً فأخذ رهناً قليلاً جاز عند الإمام، وعندهما لا إلا فيما يتغابن فيه ا هـ.

قوله: **(وتقيد شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم**

الثمن الزائد في الحال مع أنه دفع عنه عرضة الهلاك بإفلاس المشتري أو جحوده. وبهذا اتضح وجه عدم المخالفة، وقدمنا عن التتارخانية عند قول المصنف «وبإيفائها واستيفائها» أن الشرط تارة يجب اعتباره مطلقاً، وتارة لا يجب اعتباره مطلقاً، وتارة يجب إن قيده بالنفي فراجعه. ثم إن الفرع الثاني إنما يظهر إذا باع بالنقد ولم يكن ما باع به مثل ما يباع بلا نقد، أما لو كان فلا يظهر بين الفرعين

تحت تقويم المقومين ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه صح وفي الشراء يتوقف ما لم يشتر

المقومين) لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر. أطلقه فشمل ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه فلا يملك الشراء بغبن فاحش وإن كان لا يملك الشراء لنفسه لأنه بالمخالفة يكون مشترياً لنفسه فكانت التهمة باقية كما ذكره الشارح، وفي الهداية خلافه فإنه قال: حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الأمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه ا هـ. وذكر في البناية أن ما في الهداية قول عامة المشايخ وبعضهم قال لا ينفذ على الآمر ا هـ. وفي المعراج معزياً إلى الذخيرة أنه لا نص فيه، وشمل ما كان سعره معلوماً شائعاً وهو ضعيف قالوا: ما كان معروفاً كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وإن قل ولو كان فلساً واحداً هكذا جزم به الشارح، وفي بيوع التتمة وبه يفتى؛ كذا في البناية. وفي منية المفتي: أقسام المتصرفين تصرف الأب والجد والوصي ومتولي الوقف لا يجوز إلا بمعروف أو بغبن يسير، ومن الحر جائز كيفما كان، كذا المكاتب والعبد المأذون عند الإمام. وقالا: مقيد بمعروف ومن المضارب وشريك العنان والمفاوض والوكيل بالبيع المطلق جاز البيع بغبن فاحش وشراؤهم به عليهم، والمريض المديون المستغرق دينه لا يبيع بغبن يسير ويبيع وصيه به لقضاء دينه. وبيع المريض من وارثه لا يصح أصلاً عند الإمام، وعندهما يصح بقيمته وأكثر، وبيع المديون من مولاه بغبن يسير لم يصح عند الإمام، وبيع الوصي وشراؤه من اليتيم لا يجوز إلا إذا كان خيراً لليتيم عند الإمام، وعندهما لا يجوز أصلاً ا هـ. وحاصل مسائل الغبن أن منها ما يعفى فيه يسير الغبن دون فاحشه وهو تصرف الأب والجد والوصي والمتولي والمضارب ووكيل بشراء شيء بغير عينه، وما يعفى فيه يسيره وفاحشه في تصرف الوكيل بالبيع وبشراء شيء بعينه والمأذون له صبياً أو عبداً والمكاتب وشريك العنان والمفاوض، وما لا يعفى فيه يسيره وفاحشه في تصرف الوكيل بالبيع ممن لا تقبل شهادته، وفي بيع رب المال مال المضاربة وفي الغاصب إذا ضمن القيمة مع يمينه ثم ظهرت العين وقيمتها أكثر، وفيما إذا أوصى بثلث ماله وتصرف في مرض موته بغبن فإنه يكون من الثلث ولو يسيراً، وفي تصرف المريض المستغرق بالدين، وفي بيع المريض من وارثه وتمامه في جامع الفصولين. قيد بالشراء لأن الوكيل بالنكاح إذا زوّجه بأكثر

فرق. ثم رأيت في الذخيرة: وإذا وكله بالبيع نسيئة فباعه بالنقد إن باع بالنقد بما يباع بالنسيئة جاز وما لا فلا.

قوله: **(والمضارب ووكيل بشراء شيء بعينه)** أطلق في تصرف المضارب وقدم آنفاً عن المنية أن بيعه بغبن فاحش جائز، وأما شراؤه به فهو عليه فبينهما مخالفة إلا أن يحمل على الشراء قوله: **(وفي**

....

من مهر مثلها فإنه يجوز لعدم التهمة، وقيد بالقيمة لأن الوكيل بالشراء لأن الوكيل بالشراء لا يتقيد شراؤه بالنقد فله أن يشتري بالنسيئة ويكون التأجيل حقاً للوكيل والموكل بخلاف التأجيل بعد الشراء بالنقد فإنه للوكيل دون الموكل كما في البزازية وقدمناه. ولا يتقيد الموكل به إلا بما قيد به الموكل فلو وكله بشراء جارية فاشترى أخته رضاعاً إن قال جارية لأطأها فعلى المأمور، وإن كان أطلق فعلى الآمر، وأن المحلوفة بعتقها إذا ملكها أو أمه أو أخته نفذ على الموكل، وإن قال لأطأها أو استخدمها لزم الوكيل. وإن قال اشتر لي جارية لأطأها فاشترى أخت أم وده أو زوجته أو التي في عدة الغير يجوز، وكذا كل من تحل بحال جاز. وقيل: لا يجوز وهو المأخوذ. وإذا لو اشترى صغيرة لا يوطأ مثلها أو مجوسية أو يهودية أو نصرانية لزم الآمر، والصابئية تلزم عنده خلافاً لهما، ولو أخت امرأته أو عمتها نسباً أو رضاعاً كان مخالفاً. اشترى جارية لها زوج أو في عدة من زوج من بائن أو رجعي يلزم المأمور. وكله بشراء دابة ليركبها فاشترى مهراً أو عمياء أو مقطوعة اليد لا يلزم الآمر؛ كذا في البزازية.

وفيها: لو وكله بشراء سوداء فاشترى بيضاء لم يجز ولو بعمياء فاشترى بصيرة جاز، وكذا في التوكيل بالنكاح. ولو اشترى رتقاء ولم يعلم بها جاز على الآمر وله حق الرد وإن علم به فهو مخالف، وكذا إذا لم يعلم به واشترط براءة البائع من كل عيب. ولو اشترى جارية عمياء وقد قال اشتر جارية أعتقها عن ظهاري لزم المأمور ولو لم يعلم به لزم الآمر وله الرد. ولو قال جاريتين لأطأهما فاشترى أختين أو جارية مع خالتها أو عمتها رضاعاً أو نسباً فخالف عند الثاني خلافاً لزفر، وإن في صفقتين لا يكون مخالفاً في القولين. ولو اشترى أمة وبنتها لا يكون مخالفاً لأن وطأها حلال له وإنما يحرم وطء إحداهما بوطئه الأخرى؛ ذكره في المنتقي اهـ. وفيها: وكله بشراء رقبة لم تجز العمياء لما علم أن الرقبة اسم للكاملة اهـ. فيفرق بين لفظ رقبة وجارية فيتقيد الأوّل بما يجوز عتقه عن الكفارة دون الثاني، وفسر المؤلف ما يتغابن الناس فيه بما يدخل تحت تقويم المقومين فعلم منه أن الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وهذا هو الأصح كما في المعراج. وفي السراج الوهاج معزياً إلى الخجندي: الذي يتغابن الناس في مثله نصف العشر أو أقل منه، فإن كان أكثر من نصف العشر فهو مما لا يتغابن الناس فيه. وقال نصير بن يحيى: ما يتغابن الناس فيه في العروض نصف العشر، وفي الحيوان العشر، وفي العقار الخمس. وما خرج عنه فهو مما لا يتغابن

بيع رب المال مال المضاربة) أي قبل ظهور الربح كما في جامع الفصولين أيضاً قوله: **(وقال نصير بن يحيى الخ)** قال الرملي: ما قاله نصير بن يحيى تفسير لما في بعض الكتب، وأما ما لا يتغابن فيه قيل في العروض دنيم وفي الحيوان ده بازده وفي العقار ده دوازده.

....

الناس فيه، ووجهه أن التصرف يكثر وجوده في العروض ويقل في العقار ويتوسط في الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف ا هـ. والمراد بالتغابن الخداع فقولهم لا يتغابن الناس فيه معناه لا يخدع بعضهم بعضاً لفحشه وظهوره، وقولهم يتغابن الناس فيه أي يخدع بعضهم بعضاً لقلته. قال في القاموس: غبنه في البيع يغبنه غبناً ويحرك خدعه والتغابن أن يغبن بعضهم بعضاً ا هـ. وعلى هذا فقولهم غبن فاحش أي خداع قوله: **(ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه صح)** أي عند أبي حنيفة لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف أولى. وقالا: لا يجوز لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق، وإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأوّل تبين أنه وقع وسيلة، وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز، وهذا استحسان عندهما؛ كذا في الهداية وهو يفيد ترجيح قولهما ولذا أخره مع دليله كما هو عادته، ولذا استشهد لقول الإمام بما لو باع الكل بثمن النصف فإنه يجوز، وقد علمت أن المفتى به خلاف قوله. وفي الخزانة: أمر ببيع عبده بألف فباع نصفه بألف جاز بيعه بألف وقد أحسن وإن باع نصفه بألف إلا درهماً وكر حنطة بطل ا هـ. والمراد من العبد ما في تبعيضه ضرر احترازاً عما لا ضرر في تبعيضه كالحنطة والشعير فيجوز بيع البعض اتفاقاً؛ كذا في المعراج. وفي البزازية: وكله ببيع عبدين فباع أحدهما جاز إن لم يكن فيه ضرر، وإن أحدهما أجود فعلى الخلاف. وكله ببيعهما بألف فباع أحدهما بأربعمائة إن كان ذلك حصة من الثمن أو أكثر جاز، وإن أقل فلا عند الأمام. وقالا: إن قدر ما يتغابن جاز ا هـ قوله: **(وفي الشراء يتوقف ما لم يشتر الباقي)** يعني لو وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف اتفاقاً فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثاً بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصاً شقصاً، فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق، والفرق لأبي حنيفة أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر أن الآمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والآمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق.

قوله: **(والوكيل مضطر في النكول)** قال الرملي: فيه دليل على أن الدعوى لو وقعت في ثمن المبيع بأن ادعى المشتري دفعه للوكيل وأنكره الوكيل فطلب المشتري يمينه على عدم الدفع له فنكل فقضى عليه أنه يضمن الثمن للموكل لفقد العلة المذكورة، ولكونه إما باذلاً أو مقراً وعلى التقديرين يضمن وهي واقعة الفتوى فتأمل اهـ. قلت: وفي الكفاية قوله «والوكيل مضطر الخ» يشير إلى أن الوكيل يحلف على البتات إذ لو كان على العلم لم يكن مضطراً لبعد العيب عن علمه، ولكن عامة

الباقي ولو رد المشتري المبيع على الوكيل بالعيب ببينة أو نكول رده على الآمر وكذا

قوله: **(ولو رد المشتري المبيع على الوكيل بالعيب ببينة أو نكول رده على الآمر وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله)** لأن البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر، وكذا بإقرار فيما لا يحدث لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذا الحجج، وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث في مدة شهر مثلاً لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيفتقر إلى هذه الحجج لظهور هذا التاريخ أو كان عيباً لا يعرفه إلا النساء والأطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها. قيد بما لا يحدث لأنه لو رد عليه بإقراره فيما يحدث فإنه يلزم المأمور لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزم ببينة أو بنكوله بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما، والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة القاصرة وهو الإقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصم، ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة ولو كان عيباً لا يحدث مثله، والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لأن الرد متعين، وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصم لما ذكرنا. والحق في وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد. لو قال المؤلف في الجواب فهو رد على

الروايات على أن الوكيل يحلف على العلم فإذا علم بالعيب فحينئذ يضطر إلى النكول قوله: **(فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج)** دفع لسؤال وهو أن العيب لما كان لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة لم يتوقف القضاء على وجود هذه الحجج من البينة والإقرار وإباء اليمين، بل ينبغي أن يقضي بالرد بعلمه قطعاً بوجود العيب عند البائع بدون الحجج فيجب عدم توقفه على وجودها في العيب الذي لا يحدث مثله. فأجاب بقوله «وتأويل اشتراطها الخ» نهاية ملخصاً. وفي شرح الزيلعي: الحاصل أن العيب لا يخلو إما أن لا يكون حادثاً كالسن الزائدة والأصبع الزائدة، أو يكون حادثاً لكنه لا يحدث مثله في مثل تلك المدة أو يحدث في مثلها، ففي الأوّل رده القاضي بغير حجة من بينة أو نكول أو إقرار، وكذا في الثاني لعلمه بكونه عند البائع. وتأويل اشتراط الحجة إلى آخر ما ذكره المؤلف هنا، وكذا الحكم في الثالث إن كان ببينة أو نكول لأن البينة حجة مطلقة، وكذا النكول حجة في حقه فيرده عليه. ثم في هذه المواضع كلها رد القاضي على الوكيل يكون رداً على الموكل اهـ ملخصاً. ثم ذكر حكم الرد في هذا الثالث بالإقرار بقضاء وبدونه وحكم الرد في الأوّلين بإقرار بدون قضاء وسيأتي في كلام المؤلف. قوله: **(أن يخاصم بائعه)** أي موكله.

قوله: **(وإن كان عيباً لا يحدث مثله)** عبارة الزيلعي هنا أوضح وهي وإن كان العيب غير

....

الموكل لكان أولى لأن الوكيل لا يحتاج إلى خصومة مع الموكل إلا إذا كان غيباً يحدث مثله، ورد عليه بإقرار سواء كان بقضاء أو لا، لكن إن كان بقضاء احتاج إلى خصومة مع الموكل وإلا لا تصح خصومته لكونه مشترياً. وجعل النكول هنا بمنزلة البينة لا الإقرار ولم يجعل في حق البائع كذلك حتى لو رد على البائع بنكوله لا يرده على بائعه لاضطرار الوكيل إلى النكول بخلاف البائع؛ كذا في النهاية. وفيها: وقضاء القاضي مع إقرار الوكيل متصور فيما إذا أقر بالعيب وامتنع عن القبول فيقضى عليه جبراً على القبول ا هـ. أطلق في جواز الرد على الوكيل فشمل ما إذا كان قبل قبض الثمن أو بعده كما في البزازية. وأشار إلى أن الخصومة إنما هي مع الوكيل فلا دعوى للمشتري على الموكل، فلو أقر الموكل بعيب فيه وأنكره الوكيل لا يلزم الوكيل ولا الموكل شيء لأن الخصومة فيه من حقوق العقد والموكل أجنبي فيه، ولو أقر الوكيل وأنكر الموكل رده المشتري على الوكيل وإقراره صحيح في حق نفسه لا الموكل؛ كذا في البزازية. ولم يذكر المؤلف الرجوع بالثمن وحكمه أنه يرجع به على الوكيل إن كان نقده الثمن وعلى الموكل إن كان نقده كما في شرح الطحاوي ولم يذكر ما إذا نقد الثمن إلى الوكيل ثم أعطاه هو إلى الموكل ثم وجد المشتري عيباً يرده على الوكيل أم الموكل؟ أفتى القاضي أنه يرده على الوكيل؛ كذا في البزازية. وقيد بالوكيل بالبيع لأن الوكيل بالإجارة إذا أجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فإنه يلزم الموكل، ولم يعتبر إجارة جديدة في حق الموكل لأن المعقود عليه إن كان المنافع فهي غير مقبوضة فكان نظير الرد على الوكيل بالبيع قبل القبض، وإن كان المعقود عليه العين باعتبار إقامتها مقام المنافع

حادث أي كسن زائدة أو كان حادثاً إلا أنه لا يحدث مثله في تلك المدة فرده على الوكيل بإقراره بغير قضاء لزم الوكيل، وليس له أن يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط. وذكر في البيوع أنه يكون رداً على الموكل لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع إليه إذ لا يكلفه القاضي على إقامة البينة ولا على الحلف في هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق متعيناً في الرد. قلنا الرد بالتراضي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما ولا نسلم أن الحق متعين في الرد بل يثبت حقه أولاً في وصف السلامة، ثم إذا عجز ينتقل إلى الرد، ثم إذا امتنع الرد بحدوث العيب أو بزيادة حدث فيه ينتقل إلى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرد متعيناً. وهكذا ذكر الروايتين في شرح الجامع الصغير وغيره وبين الروايتين تفاوت كثير، لأن فيه نزولاً من اللزوم إلى أن لا يخاصم بالكلية، وكان الأقرب أن يقال لا يلزمه ولكن له أن يخاصم انتهت. وبه علم أن قول المتن وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله أي فيلزم الموكل مبني على رواية البيوع المخالفة لعامة روايات المبسوط من لزومه للوكيل ولذا قال في المواهب: لورد عليه بما لا يحدث مثله بإقرار يلزم الوكيل ولزوم الموكل رواية اهـ. قوله: **(ورد عليه بإقرار سواء كان بقضاء أو لا)** الأصوب الأخصر أن يقال إن كان بقضاء وإلا لم تصح خصومته.

بإقرار فيما لا يحدث مثله وإن باع نسيئة فقال أمرتك بنقد وقال المأمور أطلقت فالقول

فهو حكم ثبت بالضرورة فلا تعدو موضعها، كذا في النهاية. وقيد بالعيب لما في كافي الحاكم: وإذا قبل الوكيل العبد بغير قضاء القاضي بخيار شرط أو رؤية فهو جائز على الآمر، وكذا لو رده المشتري عليه بعيب قبل القبض بغير قضاء فهو جائز ا هـ.

قوله: **(إن باع نسيئة فقال أمرتك بنقد وقال المأمور أطلقت فالقول للآمر)** لأن الأمر يستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق. وفي كافي الحاكم: وإذا باع الوكيل العبد بخمسمائة فقال الآمر أمرتك بألف وقال أمرتك بدينار أو بحنطة أو شعير أو باعه بنسيئة فقال أمرتك بالحال فالقول قول الآمر، وكذلك هذا في النكاح والمكاتب والإجارة والعتق على مال ا هـ. ثم قال: ولو أمره أن يبيعه من فلان بكفيل فباعه بغير كفيل لم يجز، وإن قال الوكيل لم يأمرني بذلك فالقول للآمر ا هـ. فلو قال المؤلف لو اختلفا فيما عينه الموكل فالقول له لكان أولى ليشمل وكيل البيع والنكاح والإجارة والخلع والإعتاق والكتابة والمقدار والصفة من حلول وتأجيل والتقييد المقيد بمشتر ورهن وكفيل ووقت وقولي فيما عينه الموكل شامل لما إذا ادعى الموكل التقييد والوكيل الإطلاق، وما إذا ادعى الموكل تعيين شيء وادعى الوكيل تعيين آخر. قيد الاختلاف في الإطلاق والتقييد لأن الوكيل بالبيع إذا ادعى البيع وقبض الثمن وهلاكه وادعاه المشتري وكذبهما الآمر فالوكيل يصدق مع يمينه، فإن كان الآمر قد مات فقال ورثته لم يبعه وقال الوكيل قد بعته من فلان بألف وقبضت الثمن وهلك وصدقه المشتري، فإن كان العبد قائماً بعينه لم يصدق الوكيل على البيع إلا أن تقوم بينة أنه باعه في حياة الآمر، فإن لم تكن له بينة رد البيع وضمن الوكيل المال للمشتري، وإن كان العبد مستهلكاً فالوكيل مصدق بعد الحلف استحسن ذلك، وإن قال الآمر قد أخرجتك من الوكالة وقال الوكيل قد بعته أمس لم يصدق الوكيل، ولو أقر الوكيل بالبيع لإنسان بعينه فقال الآمر قد أخرجتك من الوكالة جاز البيع إذا ادعى ذلك المشتري؛ كذا في كافي الحاكم. وإنما يصدق الوكيل في البيع وقبض الثمن وهلاكه عنده إذا كان المبيع مسلماً في يده، فإن كان في يد البائع فلا وتمامه في البزازية. وفيها أيضاً: وكيل العتق قال أعتقته أمس وكذبه موكله لا يعتق. وكيل البيع قال بعته أمس وكذبه موكله فالقول للوكيل الوكيل بالكتابة وقبض بدلها إذا قال كاتبت وقبضت بدلها فالقول له في الكتابة لا في قبض بدلها أما لو قال كاتبته ثم قال قبضت بدلها ودفعت إلى الموكل فهو صحيح مصدق لأنه أمين ا هـ. وتقدم الاختلاف بين وكيل الشراء وموكله.

وفي منية المفتي: أمر رجلاً أن يقضي عنه دينه فقال المأمور بعد ذلك قضيت وصدقه

قوله: **(في يد البائع)** أي الموكل قوله: **(والمأمور على المديون بما قضى)** قال الرملي: صوابه على

....

الآمر وكذبه رب الدين وحلف رجع رب الدين على الآمر لكن لا يرجع المأمور على الآمر لأن المأمور وكيل بشراء ما في ذمة الآمر بمثله وبنقد الثمن من مال نفسه فإنما يرجع على الآمر لو سلم للآمر ما في ذمته كالمشتري إنما يؤمر بدفع الثمن إذا سلم له ما اشترى. وذكر القدوري أنه يرجع رب الدين على المديون بالدين والمأمور على المديون بما قضى أمر غيره بقضاء دينه فقضاه وجاء ليرجع عليه فقال الآمر ما كان لفلان علي شيء أصلاً ولا أمرتك أن تقضيه ولا أنت قضيته شيئاً ورب الدين غائب فأقام المأمور البينة على الدين والأمر بالقضاء والقضاء فإن القاضي يقضي بالمال على الآمر للغائب وبالرجوع للمأمور على الآمر وإن كان رب الدين غائباً لأن عنه خصماً حاضراً حكماً لأن ما يدعيه الغائب سبب لثبوت ما يدعيه لنفسه وفي مثله ينتصب الحاضر خصماً ا هـ. والحاصل أنهما إذا اختلفا في فعل الوكيل بأن ادعى الوكيل الفعل وأنكره موكله، فإن كان أخبار الوكيل بعد عزله فالقول للموكل، وإن كان قبله في حياة الموكل فالقول للوكيل إن كان المبيع مسلماً إليه وإلا لا، وإن كان بعد موته حال هلاك العين فكذلك وإلا لم يقبل قوله إذا كذبه الوارث. هذا في الوكيل بالبيع، وأما الوكيل بالشراء فسبق حكمه عند الاختلاف، وأما وكيل العتق فلا يقبل قوله، وأما وكيل الكتابة فيقبل قوله في العقد لا في القبض والهلاك، ولا يقبل قول وكيل النكاح والوكيل بقبض الذين إذا ادعى القبض والهلاك مصدق. وفي خزانة المفتين: وكل رجلاً بأن يشتري أخاه فاشترى فقال الآمر ليس هذا أخي فالقول له مع يمينه لأنه ينكر وجوب الثمن عليه ويلزم الشراء للوكيل لكن يعتق بقوله هذا أخوك ا هـ. وفي كافي الحاكم في باب الوكالة بالعتق: وإن وكله أن يكاتب عبده يوم الجمعة فقال الوكيل يوم السبت قد كاتبته أمس بعد الوكالة على كذا وكذا وكذبه المولى فالقول للمولى في القياس ولكني أدع القياس وأجيزه، وكذلك البيع والإجارة والعتق على مال والخلع فإن الوكيل مصدق، ولو وكله أن يكاتبه فقال الوكيل وكلتني أمس وكاتبته آخر النهار بعد الوكالة وقال رب العبد إنما وكلتك اليوم فالقول قول رب العبد وتبطل المكاتبة، وكذلك البيع والنكاح والخلع والعتق ا هـ. وفي نكاح خزانة الأكمل: أمره بالنكاح ثم قال له ما أشهدت وقال الوكيل أشهدت يفرق بينهما وعليه نصف المهر، أما لو اختلفت مع وكيلها فالقول له. ولو قالت لم تزوّجني لم يلزمها إقرار الوكيل بخلاف ما قبل فإنها أقرت بالوكالة والنكاح وأنكرت الصحة، وعلى هذا لو وكل رجل رجلاً بتزويجه امرأة بعينها فقال الوكيل فعلت وأنكر الزوج فالقول قول الزوج عند أبي حنيفة، وعندهما القول قول وكيل الزوج على المرأة بالنكاح ا هـ. والله أعلم.

الآمر فليتأمل. هكذا وجدت مكتوباً على بعض النسخ ولا حاجة إلى التصويب فإن الآمر وهو المديون فتأمل.

للآمر وفي المضاربة للمضارب ولو أخذ الوكيل بالثمن رهناً فضاع أو كفيلاً فتوى عليه

قوله: **(وفي المضاربة للمضارب)** أي لو اختلف رب المال والمضارب في الإطلاق والتقييد فالقول للمضارب لأن الأصل في المضاربة العموم ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الإطلاق بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والآخر في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة، ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقد أو نسيئة إلى أي أجل كان عنده، وعندهما يتقيد بأجل متعارف كما قدمناه، وفي مضاربة البزازية نوع في الاختلاف مقتضى المضاربة العموم فالقول لمن يدعيها والتخصيص عارض لا يثبت إلا ببينة، وإذا اتفقا أن العقد وقع خاصاً واختلفا فيما خص العقد فيه فالقول لرب المال لاتفاقهما على العدول عن الظاهر والإذن يستفاد من قبله فيعتبر قوله أمرتك بالاتجار في البر وادعى الإطلاق فالقول للمضارب لادعائه عمومه. وعن الحسن عن الإمام أنه لرب المال لأن الإذن يستفاد منه وإن برهنا، فإن نص شهود العامل أنه أعطاه مضاربة في كل تجارة فهي أولى لإثباته الزيادة لفظاً ومعنى، وإن لم ينصوا على هذا الحرف فلرب المال. وكذا إذا اختلفا في المنع من السفر لاقتضاء المضاربة إطلاقها على الروايات المشهورة قال المضارب هو في الطعام ورب المال. قال في الكرباس فالقول له. وإن برهنا فللمضارب لأن رب المال لا يحتاج إلى الإثبات والمضارب محتاج إلى إثباته لدفع الضمان عن نفسه وإن وقتاً فالوقت الأخير أولى ا هـ. والبضاعة كالمضاربة إلا أن المضارب يملك البيع والمستبضع لا إلا إذا كان في لفظه ما يعلم أنه قصد الاسترباح أو نص على ذلك؛ كذا في وكالة البزازية. والظاهر أنها كالوكالة من حيث إن الأصل فيها التقييد إلا أنه لا يملك الإبضاع والإيداع وبيع ما اشتراه إلا بالتنصيص بخلاف المضارب قوله: **(ولو أخذ الوكيل بالثمن رهناً فضاع أو كفيلاً فتوى عليه لا يضمن)** لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكها بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض إصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه؛ كذا في الهداية. وهذا مخالف لما في الخلاصة والبزازية من أن الوكيل بقبض الدين له أخذ الكفيل، فيحمل كلام الهداية على أخذ الكفيل بشرط براءة الأصيل فإنها حينئذ حوالة وهو لا يملكها لما في البزازية. ولو أخذ به كفيلاً بشرط البراءة فهو حوالة لا يجوز للوكيل بقبض الدين قبولها ا هـ. ومن هنا قال صاحب النهاية: المراد بالكفالة هنا الحوالة لأن التوي لا يتحقق في الكفالة، وقيل الكفالة على

قوله: **(والظاهر أنها كالوكالة من حيث أن الأصل فيها التقييد)** قال الرملي: ومثل المضاربة الشركة الظاهر أن الأصل فيها الإطلاق لأنها مبنية عليها وما علل به الزيلعي كالصريح فيه فتأمل قوله: **(والأوجه أن يقال الخ)** ما قاله الزيلعي نص عليه النسفي في الكافي بقوله: أو أخذ بثمنه

....

حقيقتها لأن التوي يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين. قال الشارح أخذاً من الكافي: وهذا كله ليس بشيء لأن المراد هنا توى مضاف إلى أخذه الكفيل بحيث إنه لو لم يأخذ كفيلاً لم يتو دينه كما في الرهن، والتوي الذي ذكره هنا غير مضاف إلى أخذه الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلاً أيضاً لتوى بموت من عليه الدين. وحمله على الحوالة فاسد لأن الدين لا يتوى فيه بموت المحال عليه مفلساً بل يرجع به على المحيل وإنما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة، والأوجه أن يقال المراد بالتوي توى مضاف إلى أخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة إلى حاكم يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الأصيل بموته مفلساً مثل أن يكون القاضي مالكياً ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلساً ا هـ. ودل وضع مسألة الكتاب أن أخذه الرهن يقع للموكل لكن لو رده الوكيل جاز ويضمن للموكل الأقل من قيمته ومن الثمن، وعند أبي يوسف لا يصح رده؛ كذا ذكره التمرتاشي والمحبوبي؛ كذا في المعراج. والمراد بقوله لايضمن عدمه للموكل وإلا فالدين قد سقط بهلاك الرهن إذا كان مثل الثمن بخلاف الوكيل بقبض الدين إذا أخذ رهناً فضاع فإنه لا يسقط من دين الموكل شيء ولا ضمان على الوكيل كما في البزازية.

قوله: **(ولا يتصرف أحد الوكيلين وحده)** لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما والبدل وإن كان مقدراً ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري. أطلقه فشمل ما إذا كان أحدهما حراً بالغاً والآخر عبداً أو صبياً محجوراً عليه لكنه مقيد بما إذا كان وكلهما بكلام واحد، أما إذا كان توكيلهما على التعاقب فإنه يجوز لأحدهما الانفراد لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير بعد ذلك بخلاف الوصيين فإنه إذا أوصى إلى كل منهما بكلام على حدة لم يجز لأحدهما الانفراد في الأصح لأنه عند الموت صارا وصيين جملة واحدة، وفي الوكالة يثبت حكمها بنفس التوكيل وشمل ما إذا مات أحدهما أو ذهب عقله فلا يجوز للآخر التصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده. ولو كانا وصيين فمات أحدهما لا يتصرف الحي إلا بأمر القاضي كما في وصايا الخانية. وفي الخانية: رجل قال لرجلين وكلت أحدكما بشراء جارية لي بألف درهم فاشترى أحدهما ثم اشترى الآخر فإن الآخر يكون مشترياً لنفسه، ولو اشترى كل واحد منهما جارية ووقع اشتراؤهما في وقت واحد كانت الجاريتان للموكل؛ كذا ذكره في النوازل وعليه الفتوى ا هـ. وفي الذخيرة وفي المنتقى عن محمد: رجل وكل رجلاً بقبض كل حق له ثم فارقه ثم وكل آخر

كفيلاً فتوى المال على الكفيل بأن رفع الأمر إلى قاضٍ يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك رحمه الله تعالى فيحكم ببراءة الأصيل فيتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه اهـ؛ كذا في الشرنبلالية. وأشار إليه المؤلف أيضاً سابقاً وعلى هذا مشى ابن الكمال في الإيضاح.

لا يضمن ولا يتصرف أحد الوكيلين وحده إلا في خصومة وطلاق وعتاق بلا بدل

بقبض كل دين له فقبض الوكيل الأوّل شيئاً من الدين فليس للوكيل الثاني أن يقبضه من الأول لأنه الساعة عين وليس بدين، ولو وكل الأوّل بقبض كل حق له ثم وكل الثاني بقبض كل شيء له وقبض الأوّل شيئاً من الدين فللثاني أن يقبضه من الأول، ولو وكل رجلاً بقبض داره التي في موضع كذا التي في يد فلان فمضى الوكيل ثم وكل آخر بعده بمثل ما وكل به الأوّل في قبض هذه بعينها، فإن كان الأول قد قبض الدار قبل توكيل الثاني فللثاني أن يقبضها لأنها صارت مقبوضة لصاحبها ا هـ. والمراد من قوله لا يتصرف عدم نفاذ تصرفه وحده لا عدم صحته كما في الإصلاح، فلو باع أحدهما بحضرة صاحبه فإن أجاز صاحبه جاز وإلا فلا، ولو كان غائباً فأجازه لم يجز في قول أبي حنيفة؛ كذا في الشرح. قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف ما ذكر في الأصل. وقال أبو يوسف: جاز ذلك؛ كذا في الخزانة. ولو باع أحدهما من صاحبه شيئاً لم يجز لما في وصايا الخانية: ولو باع أحد الوصيين شيئاً من التركة لصاحبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد ويجوز عند أبي يوسف ا هـ.

قوله: **(إلا في خصومة)** فإن لأحدهما أن يخاصم وحده لأنها وإن كانت تحتاج إلى الرأي إلا أن اجتماعهما على الخصومة والتكلم متعذر لأنه يلتبس على القاضي ويصير شغباً، فأما اجتماعهما على البيع فغير متعذر، وظاهر ما في الكتاب أنه إذا خاصم أحدهما لم يشترط حضرة الآخر وهو قول العامة لعدم الفائدة بسماعها وهو ساكت؛ كذا في الشرح. وبه ظهر أن ما ذكره ابن الملك من اشتراط الحضرة ضعيف ولكن لا يملك القبض إلا مع صاحبه؛ كذا في الهداية. وفي الذخيرة وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل وكل رجلين بخصومة رجل في دار ادعاها وقبضها منه فخاصماه فيها ثم مات أحد الوكيلين قال أقبل من الحي البينة على الدار وأقضي بها للموكل ولا أقضي بدفع الدار إليه ولكن أجعل للوكيل الميت وكيلاً مع هذا الحي ودفعت الدار إليهما، وكذا لو كان الوكيل واحداً فأقام البينة على الدار

قوله: **(فإن كان الأوّل قد قبض الدار قبل توكيل الثاني فللثاني أن يقبضها الخ)** هكذا فيما رأيناه من عدة نسخ، والذي رأيته في الذخيرة في الفصل الثاني والعشرين: فإن كان الأوّل قد قبض الدار قبل توكيل الثاني فللثاني أن يقبضها من الأوّل، وإن وكل الثاني قبل أن يقبض الأوّل الدار فليس للثاني أن يقبضها لأنها صارت مقبوضة لصاحبها اهـ. بحروفه. ومثله في التتارخانية في الرابع عشر لكن ذكر بدل التعليل قوله والشيء بعينه لا يشبه ما ليس بعينه ألا ترى أن رجلاً وكل رجلاً بقبض عبد له بعينه في يد رجل ثم قبضه المولى ثم أودعه إنساناً آخر فللوكيل أن يقبضه اهـ. ومثله في الخلاصة في الفصل الثالث قوله: **(ويصير شغباً)** قال الرملي: الشغْب بسكون الغين تهييج الشر وبالفتح لغة ضعيفة كما في الصحاح. قوله: **(الأولى لو وكلهما الخ)** قال الرملي: إنما لم يقيد المصنف الطلاق والعتاق بالمعين لأنهما عند الإطلاق ينصرفان إلى المعين لا إلى المبهم فتأمل قوله:

. . . .

وقضيت بها للموكل فمات هذا الوكيل قبل أن أدفعها إليه فإني أجعل له وكيلاً وآمر المقضى عليه بدفع الدار إليه ولا أتركها في يد الغاصب الذي قضيت عليه ا هـ قوله: **(وطلاق وعتاق بلا بدل)** لأنه مما لا يحتاج إلى الرأي وتعبير المثنى فيه كالواحد، ويستثنى من إطلاق المصنف مسائل: الأولى لو وكلهما بطلاق واحدة بغير عينها أو عتق عبد بغير عينه لا ينفرد أحدهما؛ كذا في السراج الوهاج، لأنه مما يحتاج إلى الرأي بخلاف المعين ا هـ. وفي الخانية: رجل له أربع نسوة قال لرجل طلق امرأتي فقال الوكيل طلقت امرأتك كان الخيار إلى الزوج، وإن طلق الوكيل واحدة بعينها فقال الموكل لا أعني هذه لا يصدق ا هـ. الثانية أن يقول لهما طلقاها إن شئتما. الثالثة جعل أمرها بأيديهما ففيهما يكون تفويضاً فيقتصر على المجلس لكونه تمليكاً أو يكون تعليقاً فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق لأن المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود أحدهما. الرابعة لو قال طلقاها جميعاً ليس لأحدهما أن يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق أحدهما، ولو قال طلقاها جميعاً ثلاثاً فطلقها أحدهما طلقة واحدة والآخر طلقتين لا يقع وهذه الثلاث في الشرح. الخامسة قال لوكيلي طلاق لا يطلق أحد دون صاحبه. ولو طلق أحدهما ثم الآخر أو طلق واحد ثم أجازه الآخر لا يقع ما لم يجتمعا، وكذا في وكيلي عتاق؛ كذا في منية المفتي. قيد بقوله «بلا بدل» لأنهما لو كانا ببدل فليس لأحدهما الانفراد لأنه مما يحتاج إلى الرأي. وفي الخانية: رجل وكل رجلين بالخلع فخلعها أحدهما لا يجوز، وكذا لو خلعها أحدهما وأجاز الآخر لا يجوز حتى يقول الآخر خلعتها ا هـ قوله: **(ورد وديعة)** لأنه مما لا يحتاج إلى الرأي فرد أحدهما كردهما، ولو قال ورد عين لكان أولى فإنه لا فرق بين رد الوديعة والعارية والمغصوب والمبيع فاسداً كما صرح به في الخلاصة. وقيد بالرد احترازاً عن الاسترداد فليس لأحدهما القبض بدون صاحبه لإمكان اجتماعهما وللموكل فيه غرض صحيح لأن حفظ اثنين ليس كحفظ واحد فإذا قبضه أحدهما ضمن كله لأنه قبض بغير إذن المالك. فإن قيل: ينبغي أن يضمن النصف لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف قلنا: ذلك مع إذن صاحبه، وأما في حال الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه؛ كذا في السراج الوهاج.

(وفي الخانية رجل له الخ) لا مدخل له في هذا المحل تأمل **(ففيهما يكون تفويضاً الخ)** أي في المسألتين الثانية والثالثة ثم حيث كانا تمليكاً أو تعليقاً لم يكونا داخلين في كلام المصنف لأن كلامه في الوكيلين بالطلاق والعتاق فلا يصح الاستثناء، واستثناء الزيلعي لهما منقطع بمعنى لكن بدليل ما ذكر نبه عليه الرملي قوله: **(الرابعة لو قال الخ)** قال الرملي: إنما لم يستثن المصنف الرابعة لعدم دخولها لأن فيها زيادة وهي شرط اجتماعهما صريحاً فتأمل. وكذلك لم يستثن الخامس لعارض النهي عن الإنفراد.

قوله: **(فليس لأحدهما القبض بدون صاحبه)** أي بدون إذن صاحبه كما صرح به في الذخيرة

ورد وديعة وقضاء دين ولا يوكل إلا بإذن أو اعمل برأيك فإن وكل بلا إذن الموكل

قوله: **(وقضاء الدين)** فهو كرد الوديعة واقتضاؤه فهو كاستردادها، ولم يذكر المؤلف الهبة في المستثنيات وفي الولوالجية: وكلهما الواهب في تسليم الهبة للموهوب له فلأحدهما أن ينفرد وإذا وكلهما الموهوب له في قبضها من الواهب فليس لأحدهما الانفراد، فالأوّل كرد الوديعة والثاني كاستردادها. وفي الخانية من باب الوصي: ولو وكل رجل رجلين بأن يهبا هذه العين ولم يعين الموهوب له عندهما لا ينفرد أحدهما بذلك، وعند أبي يوسف ينفرد، وإن عين الموهوب له ينفرد أحدهما عند الكل ا هـ. فلو زاد المصنف الهبة للمعين لكان أولى وعبارة المجمع هكذا: وإذا وكل اثنين لم ينفرد أحدهما في كل تمليك أو عقد فيه بدل ا هـ. ويرد عليه الهبة لمعين فإنها تمليك وله الانفراد ويرد عليه استرداد العين والاقتضاء فإنه لا ينفرد فيهما ولا تمليك ولا عقد كما ورد على الكنز قضاء الدين ورد ما عدا الوديعة والهبة للمعين، والأولى أن يقال لا ينفرد أحدهما إلا في خصومة وعتق معين وطلاق معينة بلا بدل وتعلق بمشيئتهما وتدبير ورد وديعة وعارية ومغصوب ومبيع فاسد وتسليم وهبة وقضاء الدين، ثم اعلم أن الوكالة والوصايا والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف، سواء فليس لأحدهما الانفراد، والأولان في الكتاب والمضاربة في السراج الوهاج، وقدمنا حكم القاضيين في القضاء والناظر، إما وكيل أو وصي فلا ينفرد أحدهما قوله: **(ولا يوكل إلا بإذن أو اعمل برأيك)** لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به، وهذا لأنه رضي برأيه والناس مختلفون في الآراء إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا أو يقول له برأيك لإطلاق التفويض إلى رأيه. وإذا وكل الوكيل بالقبض بلا إذن فدفع له المديون فإنه وصل إلى الوكيل الأوّل بريء وإلا فإن وكل من في عياله برئ وإلا لا، فإن هلك المال في يد الثاني كان للغريم تضمينه وللثاني الرجوع على الوكيل الأوّل وتمامه في الذخيرة من الفصل الثاني. وإذا وكل بإذن أو تفويض كان الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأوّل وقد مر نظيره في أدب القاضي. وفي الخلاصة: رجل وكل رجلاً ببيع شيء وشرائه وقال له اصنع ما شئت فوكل الوكيل رجلاً بذلك ثم مات الوكيل الأعلى فالوكيل الأسفل على وكالته، ولو أخرجه الوكيل الذي وكله جاز، ولو أخرجه الموكل كان إخراجه جائزاً أيضاً،

عن نص محمد في الأصل قوله: **(كما ورد على الكنز قضاء الدين)** هذا لا يناسب ما في بعض النسخ حيث قال بعد قوله سابقاً كذا في السراج قوله وقضاء الدين فإنه يقتضي وجوده في المتن. وفي بعض النسخ قال بدل قوله «لكنه موجود فيما كتب عليه الزيلعي ورأيته في متن مجرد قوله: **(والناظر إما وكيل أو وصي)** قال الرملي: الصحيح أنه وكيل لكن قال قاضيخان: هو عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكيل الواقف حتى كان له أن يعزله وإن لم يشترطه لنفسه، وعند محمد وكيل الفقراء حتى لم يكن له عزله اهـ. قول المصنف: **(ولا يوكل إلا بإذن الخ)** قال الرملي: المراد نفي النفاذ لا نفي

فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز صح وإن زوج عبد أو مكاتب أو كافر صغيرته

سواء كان الوكيل الأوّل حياً أو ميتاً ا هـ. فقد صحح عزل الوكيل لوكيله وهو مخالف لما في الهداية من أن الثاني صار وكيل الموكل فلا يملك الوكيل عزله إلا أن يفرق بين قوله اصنع ما شئت فيملك عزله وبين قوله اعمل برأيك فلا يملك عزله، والفرق ظاهر. وعلل في الخانية بأنه لما فوضه إلى صنعه فقد رضي بصنعه وعزله من صنعه وفيها: إذا وكل ثم قال للوكيل وكل فلاناً فإن الوكيل لا يملك عزله إلا إذا قال له وكل فلاناً إن شئت أو وكل من شئت فيملك عزله ا هـ. والمراد لا يوكل فيما وكل فيه فيخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع الحقوق فيه إلى الوكيل فله التوكيل بلا إذن لكونه أصيلاً فيها، ولذا لا يملك الموكل نهيه عنها وصح توكيل الموكل كما قدمناه. وقيد بقوله اعمل برأيك احترازاً عن قوله ما صنعت من شيء فهو جائز. قال في القنية: قال للوكيل ما صنعت من شيء فهو جائز من بيع أو شراء أو عتق عبده أو طلاق امرأته فوكل هذا الوكيل غيره بعتق عبد موكله أو طلاق امرأته ففعل لا ينفذ لأن هذا مما يحلف به فلا يقوم غيره مقامه بخلاف البيع والشراء فإنه لا يحلف بهما فقام غيره مقامه ا هـ. وخرج عن قوله لا يوكل إلا بإذن أو اعمل برأيك ما لو وكل الوكيل بقبض الدين من في عياله فدفع المديون إليه فإنه يبرأ لأن يده كيده؛ ذكره الشارح في السرقة. وفي وكالة الخزانة: وما لو وكل الوكيل بدفع الزكاة ثم وثم فدفع الآخر جاز ولا يتوقف كما في أضحية الخانية. وذكر قبله: رجل وكل غيره بشراء أضحية فوكل الوكيل غيره ثم وثم فاشترى الآخر يكون موقوفاً على إجازة الأوّل إن أجاز جاز وإلا فلا ا هـ. وما إذا قدر الوكيل لوكيله الثمن كما سيأتي.

قوله: **(فإن وكل بلا إذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز صح)** لأن المقصود حضور رأيه وقد حضر وتكلموا في حقوقه والصحيح رجوعها إلى الثاني لأنه هو العاقد وإن عقد بغيبته لم يجز لأنه فات رأيه إلا أن يبلغه فأجازه لأنه حضر رأيه، وكذا إذا باع غير الوكيل فبلغه فأجازه ولو قدر الأوّل الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لأن الرأي يحتاج إليه لتقدير الثمن

الصحة حتى لو وكل بدونهما فأجاز الموكل نفذ فيكون فضولياً، يعلم هذا من قولهم كلما صح التوكيل به إذا باشره الفضولي يتوقف اهـ. قلت: ويعلم من كلام المؤلف في القولة الآتية قوله: **(حتى لا يملك الأوّل عزله)** قال في الحواشي اليعقوبية: ههنا كلام وهو أنه ينبغي أن يملك في صورة أن يقول اعمل برأيك لتناول العمل بالرأي العزل كما لا يخفى فليتأمل اهـ. ومثله في الحواشي السعدية ويؤيده ما يأتي عن الخلاصة: وإن ادعى المؤلف ظهور الفرق بينهما فإنه كما أن عزله من صنعه فهو من رأيه أيضاً تأمل.

قوله: **(وما إذا قدر الوكيل)** معطوف على فاعل «خرج» أي وخرج ما إذا قدر الوكيل الخ.

. . . .

ظاهراً وقد حصل بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقد الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري، أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأوّل كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن؛ كذا في الهداية. وفي منية المفتي: وقيل إذا باع الثاني بثمن عينه الموكل جاز بغيبة الأوّل، وفي الأصح لا إلا بحضرة الأوّل ا هـ. ولا مخالفة بين ما في الهداية وما صححه في المنية لأن الأوّل فيما إذا قدر الوكيل الثمن لوكيله، والثاني فيما إذا قدر الموكل الأوّل لوكيله كما لا يخفى. ومعنى قوله صح النفاذ

وقوله «كما سيأتي قريباً» أي أوّل المقولة الآتية، وقيد بتقدير الوكيل الأوّل للثمن احترازاً عن تقدير الموكل الثمن فإنه لا يجوز للوكيل الثاني الانفراد كما سيأتي تصحيحه عن المنية قوله: **(ولا مخالفة بين ما في الهداية وما صححه في المنية الخ)** قال الرملي: هذا غير صحيح بل بينهما مخالفة إذ في المسألة اختلاف الرواية قال في الكفاية عند قول صاحب الهداية «ولو قدر الأوّل الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز» أطلق الجواز وهو رواية كتاب الرهن وقد اختارها لأن الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل، وفي كتاب الوكالة لا يجوز لأن تقدير الثمن لمنع النقصان لا لمنع الزيادة وربما يزيد الأوّل على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد اهـ. وفي التتارخانية نقلاً عن الخانية: وإن كان بغير محضر من العدل وبين الثمن للوكيل بالبيع فوكل الوكيل غيره فباع الثاني بذلك الثمن ذكر في رواية أنه يجوز كما ذكر في كتاب الرهن، وفي عامة الروايات لا يجوز وإن بين الثمن ما لم يجز المالك أو الوكيل الأوّل اهـ. فكيف مع هذا يحمل على اختلاف الموضوع وقد ظهر بقول صاحب المنية وفي الأصح لا إلا بحضرة الأوّل وبقول الخانية. وفي عامة الروايات لا يجوز ضعف ما في الهداية ووجهه ظاهر لأن التقدير يمنع النقصان لا الزيادة. واختيار المشتري خصوصاً إذا كان الثمن مؤجلاً لتفاوته في الذمم والاحتياج إلى الرأي في ذلك كما هو واضح فتأمل. وفي الخانية أيضاً: رجل وكل رجلاً أن يبيع له هذا الثوب بعشرة دراهم فوكل الوكيل بذلك غيره فباعه الثاني بحضرة الأوّل. روي عن أبي يوسف أنه يجوز هذا البيع كان الوكيل الأوّل حاضراً أو غائباً ولا يتوقف على الإجازة. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز كان الوكيل الأوّل حاضراً أو غائباً. وقال ابن أبي ليلى: يجوز كان الوكيل الأوّل حاضراً أو غائباً لأن الموكل رضي بزوال ملكه بالثمن المقرر اهـ. فهو مؤيد لما قلناه فتدبر. اهـ كلام الرملي. قلت: وفيه نظر إذ لا شك فيما قاله المؤلف من أن ما في الهداية تقدير الثمن من جهة الوكيل، وما في المنية من جهة موكله. وغاية ما نقله المحشي وجود خلاف في الأولى ولا يلزم منه وجوده في الثانية إلا بنقل صريح، نعم على تقدير عدمه يحتاج إلى الفرق بين المسألتين وهو ظاهر من كلام الهداية، وذلك أن عند تقدير الثمن من الموكل لوكيله يظهر أن غرضه حصول رأيه في الزيادة، واختيار المشتري وإن لم يقدره له كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن فنقول: إذا لم يقدر الموكل له الثمن وقدره الوكيل للوكيل الثاني فقد حصل غرض الموكل الأوّل فيصح عقده بغيبته، وإن قدره له فباع الثاني بذلك الثمن في غيبة الوكيل الأوّل لم يحصل غرض الموكل الأوّل وهو حصول رأي وكيله في الزيادة واختيار المشتري.

....

على الموكل وفي القنية وكله بأن يشتري له هذا العبد فوكل الوكيل فاشتراه يقع للوكيل الأوّل، ولو قال له اشتراه لموكلي يقع للثاني ولا يصح توكيله في حق نفسه ولا موكله ا هـ. وهو محمول على ما إذا كان الوكيل غائباً وظاهره عدم التوقف على إجازة الموكل لكونه شراء فضولي وهو لا يتوقف، وقدمنا عن أضحية الخانية أنه يتوقف. وفي السراج الوهاج أنه في الشراء ينفذ على الوكيل الأول. وقيد بالعقد احترازاً عن الوكيل بالطلاق والعتاق إذا وكل غيره وطلق الثاني بحضرة الوكيل الأجنبي أو طلق الأجنبي فأجاز الوكيل فإنه لا يقع لأن الموكل علقه بلفظ الأول دون الثاني وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه. واقتصر الشارحون وقاضيخان على الطلاق والعتاق ويزاد الإبراء عن الدين لما في القنية: وكله بأن يبرئ غريمه عن الدين فوكل الوكيل فأبرأه بحضرة الأول لم يصح ا هـ. وكان ينبغي أن يصح لأنه لا يقبل التعليق بالشرط كالبيع وتزاد الخصومة وقضاء الدين فلا تكفي الحضرة كما في شرح المجمع، ويخالفه في الخصومة ما في الخانية: وإن خاصم الوكيل الثاني والموكل حاضر جاز لأن الأول إذا كان حاضراً كان الأول خاصم بنفسه كالوكيل بالبيع ا هـ. وظاهر ما في الكتاب الاكتفاء بالحضرة من غير توقف على الإجازة وهذا قول البعض، والعامة على أنه لا بد من إجازة الوكيل أو الموكل وإن حضرة الوكيل الأول لا تكفي، والمطلق من العبارات محمول على الإجازة؛ كذا في النهاية والسراج الوهاج والخانية. وإنما قال باع ولم يقل عقد للاحتراز عن الشراء فإنه لا يتوقف بل ينفذ على الأجنبي كما في السراج الوهاج لكن لا يشمل النكاح والكتابة والخلع مع أنهما كالبيع كما في الخانية، فالعبارة الصحيحة ولا يوكل إلا بإذن إلا في دفع زكاة وقبض دين لمن في عياله وعند تقدير الثمن له والتفويض إلى رأيه كالإذن إلا في طلاق وعتاق، فإن وكل بدونهما ففعل الثاني فأجازه الأول صح إلا في طلاق وعتاق وإبراء وخصومة وقضاء دين، وإن فعل أجنبي فأجازه الوكيل جاز إلا في شراء. وفي البزازية: قيل للوكيل اصنع ما شئت له التوكيل ولو قال الوكيل الأول ذلك لوكيله لا يملك الثاني توكيل ثالث. وفي الأقضية: لو قال السلطان استخلف من شئت فاستخلف آخر قال

قوله: **(وظاهر عدم التوقف الخ)** قال الرملي: ينبغي التفصيل في المسألة بينما أضافه الثاني لموكله فيتوقف وبين ما لم يضفه فلا فتأمل قوله: **(وعند تقدير الثمن له)** فاعل التقدير هو الوكيل الأول والضمير في «له» للوكيل الثاني ليوافق ما قدمه عن الهداية، وكان الأولى أن يقول «منه» بدل قوله «له» ليكون أبعد عن إيهام أن فاعل المصدر هو الموكل الأول والضمير في «له» للوكيل الأول فيخالف ما صححه في المنية، وقد خفي هذا على الشيخ علاء الدين في شرح التنوير قوله: **(ثم وصى وصيه)** قال الرملي: أي وإن بعد كما في جامع الفصولين قوله: **(فله الحفظ وبيع المنقول لا العقار)** ظاهره أن الوصي يملك بيع العقار حيث لم يكن وصي الأم مع أن المصرح به عدمه إلا لمسوغ

الحرة المسلمة أو باع ما لها أو اشترى لها لم يجز.

القاضي له ذلك استخلف من شئت له ذلك الاستخلاف أيضاً ثمة وثمة ا هـ. وفيها: ووصية الوكيل إلى آخر عند الموت كالتوكيل، ولو كان قال له اعمل برأيك فوكل آخر فباعه الثاني من الأول لا يجوز ا هـ.

قوله: **(وإن زوج عبد أو مكاتب أو كافر صغيرته الحرة المسلمة أو باع مالها أو اشترى لها لم يجز)** لأن الرق والكفر يقطعان الولاية ألا ترى أن الموقوف لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره؟ وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض للقادر المشفق ليتحقق معنى النظر، والرق يزيل القدرة، والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض إليهما. وشمل الكافر الذمي والحربي المرتد فتصرفه على ولده موقوف إجماعاً وإن كان نافذاً في ماله عندهما لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فتبطل، وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل مسلماً فيصح. ولو قال المؤلف «أو اشترى لها بمالها» لكان أولى لأنه إذا اشترى لها بمال نفسه كان مشترياً لنفسه وعدم الجواز فيما إذا اشترى لها بما لها كما في المعراج، وبهذا علم أن شرط الولاية على الصغير في نفسه وماله حرية الولي مطلقاً وإسلامه إن كان الصغير مسلماً وإلا لا، وفي خزانة المفتين من البيوع: الولاية في مال الصغير إلى الأب ووصيه ثم وصي وصيه ثم إلى أب الأب ثم إلى وصيه ثم إلى القاضي ثم إلى من نصبه القاضي، فليس لوصي الأم ولاية التصرف في تركه الأم مع حضرة الأب أو وصيه أو وصي وصيه أو الجد، وإن لم يكن واحد ممن ذكرنا فله الحفظ وبيع المنقول لا العقار والشراء للتجارة وما استفاده الصغير غير مال الأم مطلقاً وتمامه فيها ا هـ. والله أعلم.

كأن يكون الثمن بضعف القيمة أو يكون في يد متغلب أو أشرف على الخراب أو نحو ذلك من الأعذار التي ذكرها في الدر من كتاب الوصايا معزياً للدرر والأشباه. قلت: المسألة مختلف فيها فما هنا يبتنى على ظاهر الرواية من جواز بيعه بمثل القيمة. قال الحلواني: وهذا جواب السلف. وما في الدرر والأشباه جواب المتأخرين. قال في الواقعات: وبه يفتى. أفاده أبو السعود في حاشية مسكين

قوله: **(وما استفاده الصغير غير مال الأم)** أي ليس لوصي الأم ولاية التصرف في مال استفاده من غير الأم. قال في جامع الفصولين في الفصل السابع والعشرين: ولو لم يكن أحد منهم فله الحفظ وبيع المنقول من الحفظ وليس له بيع عقاره ولا ولاية الشراء على التجارة إلا شراء ما لا بد منه من نفقة أو كسوة، وما ملكه اليتيم من مال غير تركة أمه فليس لوصي أمه التصرف فيه منقولاً أو غيره، والأصل فيه أن أضعف الوصيين في أقوى الحالين كأقوى الوصيين في أضعف الحالين، وأضعف الوصيين وصي الأم والأخ والعم وأقوى الحالين حال صغر الورثة، وأقوى الوصيين وصي الأب والجد والقاضي، وأضعف الحالين حال كبر الورثة. ثم وصي الأم في حال صغر الورثة كوصي

باب الوكالة بالخصومة والقبض

الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض وبقبض الدين يملك الخصومة

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قدمنا معناها لغة وشرعاً وأنها تتخصص وتتعمم فليرجع إليه أول الكتاب قوله: **(الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض)** وهذا قول زفر لأنه رضي بخصومته والقبض غيرها ولم يرض به، وعندنا هو وكيل بالقبض لأن من ملك شيئاً ملك إتمامه، وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعاً لما في الأساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واستقضيته، واقتضيت منه حقي أي أخذته إلا أن العرف بخلافه وهو قاضٍ على الوضع والفتوى على أنه لا يملك؛ كذا في الهداية. وفي الفتاوى الصغرى: التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف إن كان في بلدة كان العرف بين التجار أن المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالقبض وإلا فلا ذكره عن الفضل ا هـ. قيد بالوكيل لأن الرسول بالتقاضي يملك القبض لأنه بمنزلة الرسول في القبض ولا يملك الخصومة إجماعاً؛ كذا في الصغرى أيضاً. وأشار المؤلف إلى أن الوكيل بالخصومة لا يصالح وإلى أن الوكيل بالملازمة لا يملك الخصومة والقبض. وفي البزازية وهنا عشر مسائل: الوكيل بقبض الدين أو العين وسيأتي، وبالخصومة أو التقاضي أو بالملازمة وقدمناها، وبالقسمة وبالأخذ بالشفعة وبالرجوع في الهبة يملك الخصومة والقبض وبالرد بالعيب يخاصم ويحلف والوكيل يحفظ العين لا يخاصم، ولو وكله بطلب كل حق له على الناس أو بكل حل له بخوارزم يدخل القائم لا الحادث. وذكر شيخ الإسلام أنه إذا وكله بقبض كل حق له على فلان يدخل القائم والحادث أيضاً فليتأمل عند الفتوى. وفي المنتقى: وكله بقبض كل دين له يدخل الحادث أيضاً كما لو وكله بقبض غلته يقبض الغلة الحادثة أيضاً ا هـ. وقد فاته الوكيل بالصلح فإنه لا يخاصم كما في كافي الحاكم من باب الوكالة بالدم. وفي منية المفتي: ادعى أن فلاناً وكله بطلب كل حق بالكوفة وبقبضه

الأب في حال كبر الورثة عند غيبة الوارث فللوصي بيع منقوله لا عقاره. كوصي الأب حال كبرهم اهـ.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قوله: **(وفي الفتاوى الصغرى الخ)** نقل في المنح عن السراجية أن عليه الفتوى، وفي القهستاني عن المضمرات: والآن يحكم عرف التجار وبه يفتى.

....

وبالخصومة فيه وجاء بالبينة على الوكالة والموكل غائب ولم يحضر الوكيل أحداً قبله للموكل حق فالقاضي لا يسمع من شهوده حتى يحضر خصماً جاحداً لذلك أو مقراً به فحينئذ يسمع وينقذ له الوكالة، فإن أحضر بعد ذلك غريماً آخر لم يحتج إلى إعادة البينة، ولو ادعى الوكالة بطلب كل حق له قبل إنسان بعينه يشترط حضوره بعينه، وإذا ثبت بحضوره فجاء بخصم آخر يقيم البينة على الوكالة مرة أخرى ادعى أنه وكله بقبض كل حق له ولموكله على هذا كذا وأقام بينة شهدوا على الوكالة والحق على المدعى عليه دفعة واحدة تقبل على الوكالة لا غير ويؤمر بإعادة البينة على الحق عند الإمام، وعندهما تقبل على الأمرين يقضي بالوكالة أو لا ثم بالمال كذا لو ادعى به وصي الميت اهـ.

وفي منية المفتي أيضاً: ولو حضر الموكل إلى القاضي ووكل الوكيل وليس معه خصم جاز وكان وكيلاً إن كان يعرف القاضي الموكل، وإن لم يعرف القاضي لا يجوز لأن الموكل وقت القضاء بالوكالة غائب والغائب إنما يصير معلوماً بالاسم والنسب، فإذا كان القاضي يعرف اسم الموكل ونسبه أمكن القضاء بالوكالة وإلا لو قضى بها قضى لمعلوم على مجهول، فإن قال الموكل أنا أقيم البينة على أني فلان بن فلان لم يسمع منه لأن شرط سماعها على النسب الخصومة فيه ولم يوجد اهـ. وفي القنية: لا يقبل من الوكيل بالخصومة بينة على وكالته من غير خصم حاضر، ولو قضى بها صح لأنه قضاء في المختلف اهـ. وفي خزانة المفتين: رجل وكل رجلاً ببيع عين من أعيان ماله فأراد الوكيل أن يثبت الوكالة بالبيع عند القاضي حتى لو جاء الموكل وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره فله وجوه أحدها أن يسلم الوكيل العين إلى رجل ثم يدعي أنه وكيل من مالكه بالقبض والبيع فسلمه لي فيقول ذو اليد لا علم لي بالوكالة فيقيم البينة على أنه وكيله بالقبض والبيع فيسمع القاضي ذلك ويأمره بالتسليم إليه فيبيعه. وثانيها أن يقول هذا ملك فلان أبيعه منك فإذا باعه منه يأمره بقبض المبيع فيقول المشتري لا أقبض منك لأني أخاف أن يجيء المالك وينكر الوكالة، وربما يكون المقبوض هالكاً في يدي أو يحصل منه نقصان فيضمنني فيقيم الوكيل بينة أنه وكيل فلان بالبيع والتسليم ويجبره على القبض ويثبت بإقامة البينة ولاية الجبر على القبض. وثالثها رجل ادعى أن الدار التي في يدك ملك فلان وأنت وكيله بالبيع وقد بعت مني فقال بعت منك ولكن لست بوكيل من فلان ولم يوكلني بالبيع فأقام مدعي الشراء البينة على أنه وكيل فلان بالبيع فهو خصم حتى تقبل البينة عليه ويثبت كونه وكيلاً عنه في البيع.

قوله: **(وبقبض الدين يملك الخصومة)** أي الوكيل بقبض الدين يلي الخصومة مع

قول المصنف: **(وبقبض الدين يملك الخصومة)** قال الرملي: يؤخذ من هذا أن الجابي يملك المخاصمة مع مستأجري الوقف إذا ادعوا استيفاء الناظر لأن الناظر إذا أقام جابياً صار وكيلاً عنه في

....

المديون عند أبي حنيفة حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده. وقالا: لا يكون خصماً وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن القبض غير الخصومة، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها. ولأبي حنيفة أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء لغير حقه من وجه فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصماً قبل القبض كما يكون خصماً قبل الأخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء، وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقاً وهو أصيل فيها فيكون خصماً فيها؛ كذا في الهداية. وفي الذخيرة على قولهما لا تقبل بينته لبراءته وتقبل لقصر يد الوكيل حتى لا يتمكن من قبضه بل يوقف الأمر إلى حضور الغائب ا هـ. وفي النهاية: فتقبل بينة الشريك على الوكيل بالقسمة أن موكله أخذ نصيبه، وكذا الموهوب له فتقبل بينته على الوكيل في الرجوع أن موكله أخذ عوضها وكذا البائع تقبل بينته على الوكيل بالرد بالعيب أن موكله رضي به ا هـ لا يقال لو كان وكيلاً بالمبادلة وجب أن تلحقه العهدة في المقبوض لأنه استيفاء عين الحق من وجه لأن من الديون ما لا يجوز الاستبدال به فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصماً ولشبهه بأخذ العين لا تلحقه العهدة عملاً بهما؛ كذا في النهاية والذخيرة. وأورد أيضاً لو كان وكيلاً بالمبادلة لم يجز توكيل المسلم في قبض الخمر كما لا يوكل في تمليكها، وأجيب بأنه تمليك حكماً والمسلم يصح أن يملكها حكماً، وإن لم يجز عقده؛ كذا في غاية البيان. وفي كافي الحاكم: يصح توكيل الذمي المسلم في قبض الخمر ويكره للمسلم قبضها. وفي الذخيرة: إن الاختلاف مبني على أن الموكل فيه ملك الموكل أو ملك الغير فقالا بالأول بناء على أن المقبوض عين صاحب الدين حكماً حتى كان له الأخذ من غير قضاء ولا رضا كما لو كان عنده وديعة أو غصب. وقال الإمام: إنه وكيل بقبض ملك الغير بناء على أن المقبوض ليس ملك رب الدين حقيقة بل هو بدله بدليل أن للمديون التصرف فيما في يده وإن لم يرض الدائن ا هـ. ثم اعلم أنا قدمنا عن الهداية أن الوكيل بقبض الدين ينتصب خصماً للمديون إذا ادعى استيفاء الموكل أو إبراءه. وفرق في

القبض لما عليهم وهي واقعة الفتوى، وانظر لما كتبناه في أحكام الوكلاء على جامع الفصولين قوله: **(حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه)** قال الرملي: قيد بهما لأنه لو ادعى ديناً على الموكل وأراد مقاصصته به لا يكون الوكيل خصماً عنه وهي واقعة الفتوى، وكذلك لو ادعى المشتري على وكيل البائع في قبض ثمن المبيع عيباً وأراد رده عليه لا يكون خصماً فيه كما يدل عليه الكلام الآتي وهي واقعة الفتوى أيضاً تأمله تفهمه. والذي ذكره في المجتبى شرح القدوري كالصريح فيما قلناه فإنه قال: والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فيه عند أبي حنيفة، فقوله «فيه» أي في الدين

. . . .

الذخيرة بينهما فجعله خصماً له في دعوى الإيفاء لرب الدين دون الإبراء لأنه خصم في الإثبات لكونه سبباً لقبضه والإيفاء إلى الطالب وقبض الوكيل سواء بخلاف الإبراء لأنه ليس في جعله خصماً فيه إحياء لحقه بل فيه إبطال حقه وهو قياس مسألة الوكيل بأخذ الشفعة فإنه يكون خصماً في الإثبات، وإذا ادعى عليه تسليم الآخر فإنه لا يصير خصماً لما ذكرنا من إبطال حق الموكل. وذكر شيخ الإسلام في شرحه مسألة دعوى الإبراء على الوفاق، وذكرها الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي على الخلاف الذي ذكرنا في دعوى الإيفاء وإليه إشار محمد في أول وكالة الأصل ا هـ. والحوالة كالإبراء ولم يذكر محمد في الجامع الصغير إلا أنه خصم في دعوى الإيفاء وسكت عن الإبراء، وكذا سكت عنه في كافي الحاكم الذي هو جمع كلام محمد.

وفي البدائع: لو أقام الغريم البينة على الإيفاء سمعت عنده خلافاً لهما، وعلى هذا الاختلاف لو أقامها الغريم على أنه أعطى الطالب بالدراهم دنانير أو باعه بها عرضاً فبينته مسموعة عنده خلافاً لهما لأن إيفاء الدين بطريقين بالمقاصة والمبادلة ويستوي فيهما الجنس وخلافه ا هـ. ولم يذكر الإبراء. ونقل في المعراج التسوية بين دعوى الإيفاء والإبراء عن شمس الأئمة ولم يذكر غيره. وصرح في الفتاوى الصغرى بأن الوكيل بقبض الدين يصير خصماً في إثبات الدين وفي إثبات الإبراء والإيفاء عليه بالبينة عند أبي حنيفة خلافاً لهما ثم قال: والرسول أو المأمور بقبض الدين لا يملك الخصومة. وذكر خواهرزاده في المعقود أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة إجماعاً إن كان وكيل القاضي كما لو وكل وكيلاً بقبض ديون الغائب ا هـ. وظاهره أن الأمر ليس بتوكيل وقدمنا ما فيه. وفي جامع الفصولين: وكيل طلب الشفعة والرد بعيب والقسمة تسمع بينته عليه أن موكله سلم الشفعة أو أبرأ عن العيب. ثم رقم: لا تسمع البينة عليه أن موكله سلم الشفعة، وكتب على حاشية

يمنع كونه وكيلاً بالخصومة في غيره كادعاء المديون الدين وكادعائه العيب في واقعتي الحال فتأمل قوله: **(وقالا لا يكون خصماً)** قال في الفصل الخامس من جامع الفصولين: ولو وكله بقبض دينه فبرهن على الإيفاء إلى موكله يقبل عند أبي حنيفة بخلاف العين ويوقف عندهما في الكل العين والدين والحق أن قولهما أقوى وهو رواية عنه كذا في (عده) وغيره اهـ ملخصاً. ومثله في نور العين لكن في تصحيح العلامة قاسم وعلى قول الإمام المحبوبي في أصح الأقاويل والاختيارات والنسفي والموصلي وصدر الشريعة قوله: **(إلا أنه جعل استيفاء العين حقه من وجه)** قال الرملي: إنما كان كذلك لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها كبدل السلم والصرف.

قوله: **(وظاهره أن الأمر ليس بتوكيل)** أي ظاهر قوله أو المأمور كذا قاله الرملي. وقوله «وقدمنا ما فيه» أي أول كتاب الوكالة في الرد على الزيلعي حيث جعله رسالة قوله: **(وكتب على**

....

هذا الكتاب أنه كتب من نسخة وقد زل قدم في هذه المسألة والصحيح أنه تسمع البينة عليه اهـ. فعلم أن ما في الذخيرة مبني على ضعيف فالمعتمد ما في الهداية من عدم الفرق بين الإيفاء والإبراء، وقدمنا شيئاً من أحكام الوكيل بالقبض من أنه لا يجوز إبراؤه ولا حطه ولا تأجيله ولا أخذه الرهن ولا الكفيل بشرط براءة الأصيل ولا قبول الحوالة ولا توكيله بغير إذن وتعميم وأنه يقبل قوله في دعوى القبض والهلاك في يده والدفع إلى موكله لكن في حق براءة المديون لا في حق الرجوع على الموكل على تقدير الاستحقاق حتى لو استحق إنسان ما أقر الوكيل بقبضه وضمن المستحق الوكيل فإنه لا يرجع الوكيل على موكله؛ كذا في الفتاوى الصغرى. ويستثنى من قبول إقراره بالقبض على موكله مسألة على المفتى به. قال في الواقعات الحسامية: إذا قال لآخر إن فلاناً قد أقرضك ألفاً فوكلتك بقبضها منه ثم قال الوكيل قبضت وصدقه المقرض وأنكر الموكل فالقول للموكل. وعن أبي يوسف أن القول للوكيل. وجه الأول أن المقرض يدعي على الموكل ثبوت القرض وهو ينكر، وجه قول أبي يوسف أن الموكل سلط الوكيل على ذلك فينفذ عليه إقراره كما لو وكله بقبض الدين من مديونه فقال قبضت، والفتوى على الأول الوكيل بقبض الدين إذا قال قبضت ودفعت إلى الموكل فالقول له مع اليمين لأنه أمين أخبر عن تنفيذ الأمانة من حيث لا يلزم الموكل ضمان بخلاف الوكيل بالاستقراض إذا وقع التنازع بينه وبين موكله فالقول للموكل لأن الوكيل يريد إلزامه ضمان القرض فلا يلزمه بقوله اهـ. وفي كافي الحاكم: ولو وكل رجلاً في دينه كان وكيلاً بقبضه، ولو قال الوكيل قد برئ إلى الغريم كان إقراراً منه بقبضه، وكذا إذا أقيمت عليه البينة بذلك، ولو قال الوكيل بالقبض قبضت في حياة الموكل ودفعت إليه لم يقبل إلا ببينة، ولو احتال الطالب بالمال على آخر لم يكن للوكيل بالقبض أن يقبضه من المحتال عليه ولا من الأول، فإن توى المال ورجع إلى الأول فالوكيل على وكالته، وكذا لو اشترى الموكل بالمال عبداً من المطلوب فاستحق من يده أو رده بعيب بقضاء بعد القبض أو بغير قضاء قبل القبض أو بخيار فالوكيل على وكالته، وكذا لو كان قبض الدراهم فوجدها زيوفاً ولو أخذ الطالب منه كفيلاً لم يكن للوكيل أن يتقاضى الكفيل، والمقبوض في يد الوكيل بمنزلة الوديعة، ولو وجده الكفيل زيوفاً أو ستوقة فرده فإنه ينبغي أن يضمن قياساً ولكن أستحسن

حاشية هذا الكتاب) يعني الذي رقم له في جامع الفصولين ورقمه (فد) وهو فتاوى الديناري وهذا من كلام جامع الفصولين. وقوله «أنه كتب من نسخة» وقد زل قدم في هذه المسألة هكذا في النسخ. والذي في جامع الفصولين أنه كتب في نسخة (حد) وقد زل قدم حد في هذه المسألة الخ. والضمير في «أنه كتب» راجع للديناري قوله: **(وقدمنا شيئاً من أحكام الوكيل)** قال الرملي: قدمه في شرح قوله «وبإيفائها واستيفائها».

. . . .

أن لا أضمنه. أمره بقبض دينه وأن لا يقبضه إلا جميعاً فقبضه إلا درهماً لم يجز قبضه على الآمر وله الرجوع على الغريم بكله، وكذا لا تقبض درهماً دون درهم اهـ. وفي الذخيرة: ولو لم يكن للغريم بينة على الإيفاء فقضى عليه وقبضه الوكيل فضاع منه ثم برهن المطلوب على الإيفاء فلا سبيل له على الوكيل وإنما يرجع على الموكل لأن يده يده اهـ.

قوله: **(وبقبض العين لا)** أي الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول حتى إن من وكل وكيلاً بقبض عبد له فأقام ذو اليد البينة أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان، والقياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على الخصم فلم تعتبر. وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع وصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في قصر يده كذا هذا، وكذا الإعتاق والطلاق وغير ذلك معناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد أو الأمة على الإعتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يدهم حتى يحضر الغائب استحساناً دون العتق والطلاق كما إذا ادعى ذو اليد الارتهان من الموكل وبرهن تقصر يد الوكيل عن القبض. وفي كافي الحاكم: ولو وكل رجل عبد رجل بقبض وديعة له عنده مولاه أو عند غيره فباع المولى العبد أو أعتقه أو كانت أمة فولدت فالوكيل على وكالته، وإذا وكله بقبض عبد له عند رجل فقتل العبد خطأ كان للمستودع أن يأخذ قيمته من العاقلة وليس للوكيل قبضها كالثمن، ولو قتل عند الوكيل كان له أخذها، ولو جنى على العبد قبل أن يقبضه الوكيل فأخذ المستودع أرشها فللوكيل أن يقبض العبد دون الأرش، وكذا لو كان المستودع أجره بإذن مولاه لم يأخذ الوكيل أجره، وكذلك مهر الأمة إذا وطئت بشبهة، ولو وكله بقبض أمة أو شاة فولدت كان للوكيل أن يقبض الولد مع الأم، ولو ولدت قبل أن يوكله بقبضها لم يكن له قبض الولد وثمرة البستان بمنزلة الولد. ولو كان المستودع باع الثمرة في رؤوس النخل بأمر رب الأرض لم يكن للوكيل أن يقبضها، وكذلك ولد الجارية إذا كانت الوديعة مما يكال أو يوزن فوكله بقبضها ثم استهلكها رجل فقبض المستودع من المستهلك مثلها لم يكن للوكيل أخذه قياساً، ولكن أستحسن أن يأخذه ولا أراه مثل قيمة العبد، أرأيت لو أكلها المستودع أما كان للوكيل أخذ مثلها منه؟ وإذا وكله بقبض وديعة ثم قبضها الموكل ثم أودعها ثانياً لم يكن للوكيل قبضها علم أو لم يعلم، وكذا لو قبضها الوكيل ودفعها إلى الموكل ثم أودعها الموكل فإن قبضها فلرب المال تضمينه أو تضمين المودع، فإن ضمن الوكيل لم يرجع على المودع، وإن

قوله: **(لم يكن للوكيل قبضها)** مخالف لما قدمناه عن الذخيرة قبيل قول المتن إلا في خصومة والظاهر ما هنا قوله: **(أو صدقه وضمنه المال)** أي بأن قال له إن جاء الموكل وأنكر الوكالة تضمن لي

وبقبض العين لا فلو برهن[١] ذو اليد على الوكيل بالقبض إن الموكل باعه وقف الأمر

ضمن المودع رجع على الوكيل، وإذا وكله بقبضها اليوم فله قبضها غداً استحساناً، ولو قال اقبضها بمحضر فلان فقبضها في غيبته جاز، ولو أنكر ربها التوكيل وحلف وضمن المودع فله الرجوع على القابض، إن كانت قائمة، فإن ادعى الوكيل هلاكها أو الدفع إلى الموكل وقد صدقه المودع في الوكالة لم يرجع عليه، وإن كان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه المال كان له أن يضمنه، ولو جعل للوكيل بقبض الوديعة أجراً جاز وعلى تقاضي الدين لا إلا أن يوقت ا هـ.

قوله: **(ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح وإلا لا)** أي وإن أقر على موكله عند غير القاضي لا يصح عندهما استحساناً وخرج به عن الوكالة، وصحح أبو يوسف إقراره مطلقاً، وأبطله زفر مطلقاً وهو القياس لكونه مأموراً بالخصومة وهي منازعة والإقرار ضدها لأنه مسالمة، فالأمر بالشيء لا يتناول ضده ولذا لا يملك الصلح والإبراء. وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح وصحته تتناول ما يملك وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عيناً فيصرف إليه تحرياً للصحة، فأبو يوسف يقول هو قائم مقام الموكل فلا يختص إقراره بمجلس القضاء، وهما يقولان إن التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة إن أنكر أو مجازاً إن أقر، والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً لأنه خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضاً وصار كالأب والوصي إذا أقرا في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما؛ كذا في الهداية. أطلقه وهو مقيد بغير الحد والقود فلا يصح إقرار الوكيل على موكله بهما للشبهة. وقيد بالخصومة لأن الوكيل بغيرها لا يصح إقراره مطلقاً، ومنه الوكيل بالصلح كما في كافي الحاكم كالوكيل بالخصومة لا يملك الصلح والصلح عقد من العقود فالوكيل بعقد لا يباشر عقداً آخر. وقيد بالتوكيل بالخصومة من غير استثناء لأنه لو وكله بها إلا الإقرار فعن أبي يوسف لا يصح وصححه محمد، وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب فلم يصححه في

المال فقال نعم تأمل قوله: **(وصار كالأب والوصي إذا أقر)** أي على اليتيم أنه استوفى حقه في مجلس القضاء لا يصح إقرارهما ولكن لا يدفع المال إليهما لزعمهما بطلان حق الأخذ. وإنما لا يصح إقرارهما لأن ولايتهما نظرية ولا نظر في الإقرار على الصغير، وأما التفويض من الموكل حصل مطلقاً غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الإقرار والإنكار جميعاً غير أن الإقرار صحته تختص بمجلس القضاء على ما ذكرنا؛ كذا في الكفاية.

---

(١) قول المتن فلو برهن لغاية قوله والعتاق لعله لم يقع للشارح في نسخة متنه وهو موجود بما بأيدينا.

....

الثاني؛ كذا في الهداية. وفي النهاية: يصح استثناء الإقرار في ظاهر الرواية. وفي البزازية: ولو وكله بالخصومة غير جائز الإقرار صح ولم يصح الإقرار في الظاهر لو موصولاً. وفي الأقضية ومفصولاً أيضاً: ولو وكله غير جائز الإنكار يصح عند محمد، ولو غير جائز الإقرار والإنكار قيل لا يصح الاستثناء لعدم بقاء فرد تحته، وقيل يصح لبقاء السكوت ا هـ. فالحاصل أنها على خمسة أوجه كما في الذخيرة: الأول أن يوكله بالخصومة فيصير وكيلاً بهما. الثاني أن يستثني الإقرار فيكون وكيلاً بالإنكار فقط. الثالث عكسه فيصير وكيلاً بالإقرار فقط في ظاهر الرواية لأن الموكل ربما يضره الإنكار بأن كان المدعي به أمانة، ولو جحدها الوكيل لا يصح دعوى الرد بعده ويصح قبله ففيه فائدة. الرابع أن يوكله بالخصومة جائز الإقرار فيكون وكيلاً بهما. الخامس أن يوكله بها غير جائز الإقرار والإنكار ففيه اختلاف المتأخرين ا هـ. وفي الخلاصة: ولو كان التوكيل بسؤال الخصم واستثنى الإقرار موصولاً صح ومفصولاً لا يصح ا هـ. ويصح التوكيل بالإقرار ولا يصير به مقراً؛ كذا في النهاية. وفي منية المفتي: إذا استثنى إقراره فأقر خرج عن الوكالة.

قوله: **(وبطل توكيل الكفيل بالمال)** لأن الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن لأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أميناً، ولو صححناها لا تقبل لكونه مبرئاً نفسه فيعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب بقبض المال من العبد كان باطلاً لما بيناه؛ كذا في الهداية. وأورد توكيل المديون بإبراء نفسه فإنه صحيح مع كونه عاملاً لنفسه، والتحقيق في جوابه ما في منية المفتي من قوله: ولو وكله بإبراء نفسه يصح لأنه وإن كان عاملاً لنفسه بتفريغ ذمته فهو عامل لرب الدين بإسقاط دينه، وشرط الوكالة كونه عاملاً لغيره لا كونه غير عامل لنفسه ا هـ. وأما قول الشارح في جوابه إنه تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك فسهو ظاهر إذ لو كان تمليكاً لم يصح رجوع الدائن عنه قبل إبرائه نفسه مع أنه يصح. وفي تلخيص الجامع: لو قال الدائن لمديون

قوله: **(ولا يصير به مقراً)** أي لا يصير الوكيل مقراً بقوله وكلتك أن تقر لفلان بكذا على وكتب الرملي أول كتاب الوكالة عند قول المؤلف «وصح التوكيل بالإقراض والاستقراض» أقول: والتوكيل بالإقرار صحيح ولا يكون التوكيل به قبل الإقرار إقراراً من الموكل. وعن الطواويسي معناه أن يوكل بالخصومة ويقول خاصم فإذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار علي فأقر بالمدعي يصح إقراره على الموكل؛ كذا في البزازية. قوله: **(وأما قول الشارح في جوابه)** نقله في الكفاية عن الكافي قوله: **(إذ لو كان تمليكاً لم يصح رجوع الدائن عنه الخ)** وفي الكفاية قلت: لو كان تمليكاً لاقتصر على المجلس ولا يقتصر.

. . . .

سأله الإبراء ذلك اليك أو أبرئ نفسك أو حللها فقال أبرأت أو حللت بريء لأن لفظه ينتقل إلى الآمر كما في هب لنفسك ذا العبد وأقر علي لزيد وطلقي وأعتقي وسائر ما ينفرد به ا هـ. وفي دعوى البزازية من فصل الإبراء: إذا لم يضف الإبراء الوكيل إلى الموكل لا يصح ا هـ. وإذا بطلت الوكالة في مسألة الكتاب وقبضه من المدين وهلك من يده لم يهلك على الطالب. وأشار ببطلانه إلى أن الطالب لو أبرأه عن الكفالة لم تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فإنه يقع باطلاً، ثم إذا بلغه فأجازه لم يجز. وقيد بكفالة المال لصحة توكيل الكفيل بالنفس، وقيده الشارح بأن يوكله بالخصومة وليس بقيد إذ لو وكله بالقبض من المدين صح. وأشار المؤلف إلى أنه لو وكله بقبض الدين من نفسه أو من عبده لم يصح كما في الخلاصة، وإلى أن المحتال لو وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه لم يصح كما في النهاية، وإلى بطلان توكيل المدين وكيل الطالب بالقبض لما في القنية: ولو وكله بقبض دينه على فلان فأخبر به المديون فوكله ببيع سلعته وإيفاء ثمنه إلى رب الدين فباعها وأخذ الثمن وهلك يهلك من مال المديون لاستحالة أن يكون قاضياً ومقتضياً، والواحد لا يصلح أن يكون وكيلاً للمطلوب والطالب في القضاء والاقتضاء ا هـ. ولا يخالفه ما في الواقعات الحسامية: المديون إذا بعث الدين على يد وكيله فجاء به إلى الطالب وأخبره ورضي به وقال اشتر لي شيئاً فذهب واشترى ببعضه شيئاً وهلك منه الباقي قال بعضهم: يهلك من مال المديون. وقال بعضهم: من مال الطالب. وهذا أصح لأن أمره بالشراء بمنزلة قبضه ا هـ. لأن ما في القنية فيما إذا سبق توكيل الطالب، وما في الواقعات الحسامية سبق توكيل المطلوب كما لا يخفى وإلى أن الوكيل بالبيع إذا كفل عن المشتري بثمن ما باعه لم تجز، وتجوز كفالة الوكيل بالقبض والوكيل بالنكاح بالمهر لاندفاع التنافي بصرف الحقوق عنه كما علم في التلخيص، وإذا صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته كما في المعراج. والحاصل أن الكفالة بالمال مبطلة للوكالة تقدمت الكفالة أو تأخرت لكونها أقوى من الوكالة. وههنا ثلاث مسائل لم أرها الآن صريحة وسئلت عنها: الأولى هل تصح كفالة الوصي عن مديون الميت؟ الثانية هل تصح كفالة الناظر مستأجر الوقف بالأجرة؟ الثالث هل يصح توكيل الدائن وصي المديون بالقبض من تركة المديون؟ ومقتضى ما قدمناه أن يفصل في كفالة الوصي والناظر فإن بشيء وجب بعقده لم تصح وإلا صحت لأن كلاً منهما وكيل وهذا حكم الوكيل. وأما الثالثه فينبغي صحة الوكالة ويقيم القاضي وصياً لسماع الدعوى والبرهان أخذاً من قولهم لو ادعى الوصي ديناً على الميت قال في الخانية: يقيم القاضي وصياً لسماع البينة فإذا انتهى الأمر كان الأول وصياً على حاله وعليه الفتوى ا هـ.

قوله: **(وأما الثالثة فينبغي الخ)** قال الرملي: ينبغي تخصيص هذا بما إذا كانت الورثة كلهم

حتى يحضر الغائب وكذا الطلاق والعتاق ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح وإلا لا وبطل توكيل الكفيل بالمال ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً ورجع

قوله: **(ومن ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه)** لأنه أقر على نفسه لأن ما يقبضه خالص ماله، وسيأتي في الكتاب حكم ما إذا ادعى الإيفاء وقد تقدم أن الوكيل بقبض الدين وكيل بالمبادلة والتمليك والتملك فلا إشكال في صحة التوكيل به، وبه سقط ما في الذخيرة من السؤال والجواب كما لا يخفى. وقول الشارح «هذا سؤال حسن والجواب غير مخلص الخ» غفلة عما قدمه والمراد بأمره جبره عليه كما في السراج الوهاج قوله: **(فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً)** لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر ذلك والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء إن لم يجز استيفاءه حال قيامه قوله: **(ورجع به على الوكيل لو باقياً)** أي رجع الدافع بما قبضه الوكيل إن كان باقياً في يده لأنه ملكه وانقطع حق الطالب عنه. أطلقه في البقاء فشمل البقاء الحكمي بأن استهلكه الوكيل فإنه باقٍ ببقاء بدله ولذا قال في الخلاصة: وإن استهلكه ضمن مثله فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه إلى الموكل حلفه على ذلك، وإن مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له وهو قائم في يد الوكيل أخذه منه في الوجوه كلها، وإن كان هالكاً ضمنه إلا إذا صدقه على الوكالة قوله: **(وإن ضاع لا)** أي ضاع المقبوض في يد الوكيل فلا رجوع عليه لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره، وأورد عليه أن أحد الابنين إذا صدق المديون في دعواه الإيفاء للميت وكذبه الآخر ورجع المكذب عليه بالنصف فإن للمديون الرجوع على المصدق بالنصف إن كان للميت تركة غير الدين مع أنه في زعمه أن المكذب ظالم، وأجيب بأن الرجوع على المصدق لكونه أقر على أبيه بالدين قوله:

صغاراً أما إذا كان فيهم كبير فادعى الوصي عليه بالوكالة عن الدائن لا يحتاج إلى إقامة وصي وهي واقعة الفتوى تأمل قول المصنف: **(فصدقه الغريم)** قال الرملي: احترز به عما إذا لم يصدقه بأن كذبه أو سكت كما سيصرح به هذا الشارح في شرح قوله «أو لم يصدقه على الوكالة» قوله: **(وبه سقط ما في الذخيرة من السؤال والجواب)** قال الزيلعي: وفي المسألة نوع إشكال وهو أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لأن الديون تقضى بأمثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضموناً عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصاً والتوكيل بالاستقراض، لا يصح. والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لأنه لا بد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول إن فلاناً وكلني بقبض ما له عليك من الدين، ولا بد للرسول في الاستقراض من الإضافة إلى المرسل بأن يقول أرسلني إليك وقال لك أقرضني فصح ما ادعينا أن هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة؛ هكذا ذكره في النهاية

به على الوكيل لو باقياً وإن ضاع لا إلا إذا ضمنه عند الدفع أو لم يصدقه على الوكالة

(إلا إذا ضمنه عند الدفع) لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان. قالوا: ويجوز في ضمنه التشديد والتخفيف، فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل فالضمير المستتر عائد إلى الغريم، والبارز إلى الوكيل. ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه، وصورته أن يقول الغريم للوكيل أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ مني ثانياً ويصير ذلك ديناً عليه لأنه أخذه مني ظلماً فيضمن ذلك المأخوذ فيصح فالضمير المستتر عائد إلى الوكيل والبارز إلى المال. وما في النهاية من أنه عكس ما في التشديد سهو إذ يقتضي أن المستتر للوكيل والبارز للغريم وليس بصحيح، وإذا رجع البارز إلى المال فظاهر الكتاب أن المراد بالمال ما قبضه الوكيل لأنه مرجع الضمير في ضاع وما قبله وليس بصحيح لأن ما في يد الوكيل أمانة لتصديقه على الوكالة فلا يجوز أن يضمنه إذ ضمان الأمانات باطل فتعين أن يكون المراد به ما يأخذه منه الدائن ثانياً، وظاهر الكتاب أن لا رجوع على الوكيل حالة الهلاك إلا إذا ضمن. وفي الخلاصة والبزازية إلا إذا كان الغريم قال أخاف إن حضر الدائن أن يكذبك فيها وضمنه أو قال مدعي الوكالة اقبض منك على أني أبرأتك من الدين كما إذا قال الأب للختن عند أخذ صداق بنته آخذ منك على أني أبرأتك من مهر بنتي فإن أخذت البنت من الختن الصداق رجع الختن على الأب كذا هذا ا هـ. فللرجوع عند الهلاك سببان. ثم اعلم أنه يصح إثبات التوكيل بالبينة مع إقرار المديون به وله نظائر كتبناها في الفوائد من أن البينة لا تقام إلا على منكر إلا في مسائل ذكرناها في الإقرار.

قوله: **(أو لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه)** معطوف على ضمنه أي إذا لم يصدقه فإنه يرجع عليه لأنه إنما دفع له على رجاء الإجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه. أطلقه فشمل ما إذا سكت لأن الأصل فيه عدم التصديق، وأما إذا كذبه والرجوع في الثاني أظهر، وفي الوجوه كلها ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب لأن المؤدى صار حقاً للغائب إما ظاهراً أو محتملاً فصار كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة؛ كذا في الهداية. وذكر في جامع الفصولين قولين في الاسترداد من الفضولي، وعلى القول به لو دفع إلى رجل ليدفعه إلى رب الدين فله أن يسترد لأنه وكيل المديون، ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه، وكذا

وعزاه إلى الذخيرة. وهذا سؤال حسن، والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة فإنه لو كان رسولاً لما كان له أن يخاصم اهـ. قوله: **(الذي أخذه)** أي الذي أخذه الدائن من الغريم لا الذي أخذه الوكيل كما يأتي التنبيه عليه.

قوله: **(ولأن من باشر التصرف لغرض)** معطوف على قوله «لأنه إنما دفع له الخ» فاندفع

ودفعه إليه على ادعائه ولو قال إني وكيله بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه وكذا لو ادعى الشراء وصدقه ولو ادعى أنَّ المودع مات وتركها ميراثاً له وصدقه

لو أقام الغريم البينة أنه ليس بوكيل أو على إقراره بذلك لم يقبل ولا يكون له حق الاسترداد، ولو أراد استحلافه على ذلك لا يستحلف لأن كل ذلك يبتنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعياً في نقض ما أوجبه الغائب. ولو أقام الغريم البينة أن الطالب جحد الوكالة وأخذ مني المال تقبل، ولو ادعى الغريم على الطالب حين أراد الرجوع عليه أنه وكل القابض وبرهن تقبل ويبرأ، وإن أنكر حلفه فإن نكل برئ. وفي البزازية: أقر بالدين وأنكر الوكالة وطلب زاعم الوكالة تحليفه على عدم علمه بكونه وكيلاً فالإمام رحمه الله لا يحلفه وصاحبه يحلفه ا هـ. وفيها: وإن أراد الغريم أن يحلفه بالله ما وكلته له ذلك وإن دفع عن سكوت ليس له أن يحلف الدائن إلا إذا عاد إلى التصديق، وإن كان دفع عن تكذيب ليس له أن يحلفه وإن عاد إلى التصديق لكنه يرجع على الوكيل وللوكيل أن يحلف الغريم في الجحود والسكوت بالله ما يعلم أن الدائن وكله، فإن حلف تم الأمر وإن نكل لا يرجع على الغريم ا هـ. قوله: **(ولو قال إني وكيله بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه)** لأنه إقرار بمال الغير بخلاف الدين فإذا لم يصدقه لا يؤمر بالأولى. وفي كافي الحاكم: وإذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلته وحلف على ذلك وضمن المستودع رجع على القابض إن كان بعينه، وإن قال قد هلك مني أو قال دفعته إلى الذي وكلني وقد صدقه المستودع بالوكالة لم يرجع عليه بشيء، فإن كان كذبه بالوكالة أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه المال كان له أن يضمنه ا هـ. ولو أراد استردادها بعد ما دفعها له لم يملك ذلك لكونه ساعياً في نقض ما تم من جهته، ولو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع قيل لا يضمن وكان ينبغي الضمان لأنه منعها من وكيل المودع في زعمه، ولو أثبت الوكيل أنه وكيل في قبضها فادعى الأمين دفعها إلى الموكل أو إلى الوكيل فالقول له في براءة نفسه؛ كذا في كافي الحاكم. وفي القنية: واختلفوا في الملتقط لو أقر باللقطة لرجل هل يؤمر بالدفع إليه ا هـ. قوله: **(وكذا لو ادعى الشراء وصدقه)** أي شراء الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه ما دام

دعوى الرملي هنا. وفي حاشية المنح أنه غلط وقال في حاشية هذا الكتاب: صوابه وقيل لا لأن من باشر التصرف لغرض الخ. قوله: **(وفي كافي الحاكم وإذا قبض رجل وديعة رجل الخ)** قال في جامع الفصولين: فلو حضر ربه وكذبه في الوكالة لا يرجع المودع على الوكيل لو صدقه ولم يشرط الضمان عليه وإلا رجع بعينه لو قائماً، وبقيمته لو هالكاً. أقول: لو صدقه ودفعه بلا شرط ينبغي أن يرجع على الوكيل لو قائماً إذ غرضه لم يحصل فله نقضه على قياس ما مر في الهداية من أن المديون يرجع بما دفعه إلى وكيل صدقه لو باقياً، كذا هذا والله تعالى أعلم اهـ. قلت: ما بحثه مستفاد من كلام الكافي كما هو غير خافي.

دفع إليه فإن وكله بقبض ماله فادعى الغريم إن رب المال أخذه دفع المال إليه واتبع رب

حياً كان إقراراً بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قوله: **(ولو ادعى أن المودع مات وتركها ميراثاً له وصدقه دفع إليه)** أي أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على أنه مال الوارث، وأشار إلى أن الدين كذلك بالأولى، ولو قال وتركها ميراثاً أو وصية له لكان أولى لأن الموصى له منزل منزلة الوارث عند عدمه ولا بد من التلوم فيهما لاحتمال أن يكون له وارث آخر، وقد قدم المؤلف هذه المسائل في مسائل شتى من كتاب القضاء فكان تكراراً معنى، وإن اختلفا في الصورة فإنه صورها هناك فيما إذا أقر ذو اليد بأنه وارث، وهنا فيما إذا ادعى أنه وارث وصدقه ذو اليد ولا فرق بينهما، وقدمنا الكلام هناك فلا نعيده فارجع إليها. وقيد بالتصديق لأنه لو أنكر موته أو قال لا أدري لا يؤمر بالتسليم إليه ما لم يقم البينة ولو لم يقل في صورة دعوى الوصية لم يترك وارثاً لم يكن صاحب اليد خصماً. وقيد بدعوى الإرث مشيراً إلى الوصية للاحتراز عن دعوى الإيصاء إليه فإنه إذا صدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع له إذا كان عيناً في يد المقر لأنه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح كما لو أقر أنه وكيله في حياته بقبضها، وإن كان المال ديناً على المقر فعلى قول محمد الأول يصدق ويؤمر بالدفع إليه، وعلى قوله الأخير وهو قول أبي يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم إليه وبيانه في الشرح. وقد علم من ذلك أن مودع الميت ومديونه ليس لهما الدفع إلى مدعي الإيصاء ولو صدقاه إلا ببينة ولا يبرآن بالدفع قبل ثبوت أنه وصي. وأطلق في دفعها إلى الوارث وهو مقيد بما إذا لم يكن على الميت دين مستغرق لما في جامع الفصولين في التركة. دين فدفع المودع الوديعة إلى الوارث بلا أمر القاضي ضمن (خ) لو مستغرقة ضمن وهذا إذا لم يؤتمن وإلا فله الأخذ وأداء الدين منه لوارثه أن يخاصم من عليه دين للميت فله قبضه لو لم يكن الميت مديوناً وله وصي أو لا، ولو مديوناً يخاصم ولا يقبض وإنما يقبض وصيه، ولو أدى مديون إلى الوصي يبرأ أصلاً ولولا وصي فدفع إلى بعض الورثة يبرأ عن حصته خاصة اهـ.

قوله: **(وكله بقبض ماله فادعى الغريم أنَّ رب المال أخذه دفع المال إليه)** لأن الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق وقد جعلوا دعواه الإيفاء لرب الدين جواباً للوكيل إقرارا بالدين وبالوكالة وإلا لما اشتغل بذلك كما إذا طلب منه الدائن فادعى الإيفاء فإنه يكون إقراراً بالدين، وكما إذا أجاب المدعي ثم ادعى الغلط في بعض الحدود فإنه

قوله: **(فإنه إذا صدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع له)** قال في جامع الفصولين في بحث أحكام الوكلاء: وفرق بينه وبين الوكيل بوجهين: أحدهما أن للقاضي ولاية نصب الوصي فلو قضى بدفعه يكون إقراره مؤدياً إلى إسقاط حق الغير وهو براءة ذمته بدفعه إليه بخلاف الوكالة إذ القاضي لا يملك نصب الوكيل. والثاني أنه لو قضى له بدفعه إليه يصير وصياً في جميع المال بخلاف الوكيل اهـ

المال واستحلفه وإن وكله بعيب في أمة وادعى البائع رضا المشتري لم ترد عليه حتى

لا يقبل فإن جوابه تسليم للحدود كما في دعوى منية المفتي. أشار المؤلف إلى أنه لا يمين على الوكيل على عدم علمه باستيفاء الموكل إلى أن الكلام عند عجز المديون عن إقامة البينة على الإيفاء إذ لو برهن عليه تقبل لما قدمه من أن الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة. قيد بالوكيل بقبض الدين لما في جامع الفصولين بعد ذكر مسألة الكتاب: وكيل إجارة الدار وقبض الغلة ادعى بعض السكان أنه عجل الأجرة لموكله وبرهن وقف ولا يحكم بقبض أجر حتى يحضر الغائب اهـ قوله: **(واتبع رب المال واستحلفه)** رعاية لجانب الغريم فلو كان رب المال ميتاً قال في جامع الفصولين: ادعى للميت وصيه ديناً على آخر فادعى الإيفاء حال حياته فأنكره وصيه لا يحلف لما مر من عدم الفائدة ويدفع الدين إلى الوصي. فإن قلت: فيه فائدة وهي قصر يده قلت: أريد بالفائدة أن يكون نكوله كنكول موكله وليس كذلك، ولكن لا يخلو عن المناقشة لتحقق الفائدة في الجملة ولم يكف هذا القدر في جواز التحليف اهـ. وأجبت عنه في الحاشية بأن قصر يده مرتب على نكوله وأنه معتبر ونكوله لم يعتبر لأنه لو أقر صريحاً بأنه استوفى لم يعتبر فلا فائدة أصلاً. ولو قال المؤلف «فادعى الغريم ما يسقط حق موكله» لكان أولى لشموله ما إذا ادعى إبراء الموكل ولشموله ما في جامع الفصولين: ادعى أرضاً وكالة أنه ملك موكلي فبرهن فقال ذو اليد إنه ملكي وموكلك أقر به فلو لم يكن له بينة فله أن يحلف الموكل لا وكيله فموكله لو غائباً فللقاضي أن يحكم به لموكله، فلو حضر الموكل وحلف أنه لم يقر له بقي الحكم على حاله ولو نكل بطل الحكم اهـ. ولم يذكر حكم ما إذا نكل الطالب عن اليمين وحكم ما إذا برهن المديون على الإيفاء. وفي جامع الفصولين: وإن نكل عن اليمين لزمه المال دون الوكيل. فإن كان المال عند الوكيل فلا سبيل له عليه إنما هذا مال الطالب الأول ولو قامت البينة على القضاء، فإن شاء أخذ به الموكل وإن شاء أخذ المال من الوكيل إن كان قائماً، فإن قال الوكيل قد دفعته إلى الموكل أو هلك مني فالقول قوله مع يمينه، وإن قال أمرني فدفعته إلى وكيل له أو غريم له أو وهبه لي أو قضى من حق كان لي

قوله: **(أشار المؤلف إلى أنه لا يمين على الوكيل الخ)** قال في جامع الفصولين: إذ لو أقر لم يجز على موكله لأنه على الغير، وكذا أب طالب زوج بنته البالغة بمهرها وقال ابنتي بكر في منزلي وقال الزوج بل دخلت بها ولم يبق لها حق القبض صدق الأب لتمسكه بالأصل والزوج يدعي العارض والزوج ينكر ولا يحلف الأب أنه لا يعلم بدخوله إذ لو أقر به لم يجز عليها لما مر اهـ. قوله: **(فلو كان رب المال ميتاً الخ)** قال الرملي: مسألة جامع الفصولين قاصرة على دعوى الوصي ولم يذكر الدعوى على ورثته، ولا شك في تحليفهم على نفي العلم تأمل قوله: **(لما مر من عدم الفائدة)** أي مر في كلام جامع الفصولين حيث قال قبل هذا: إذ لو أقر لم يجز على موكله لأنه على الغير كما قدمناه.

قوله: **(ولم يذكر حكم ما إذا نكل الطلب عن اليمين الخ)** قال الرملي: ولم يذكر هذا الشارح

يحلف المشتري ومن دفع إلى رجل عشرة ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة.

عليه لم يصدق وضمن المال اهـ. قوله: **(وإن وكله بعيب في أمة وادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري)** والفرق أن التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله، وفي الثانية غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماضٍ على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة كما هو مذهبه، ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لأنه لا يفيد، فأما عندهما فالواجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء. وقيل: الأصح عند أبي يوسف أن يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع، فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب في مسألة الكتاب فحضر الموكل وصدق على الرضا كانت له لا للبائع عند الكل على الأصح لأن القضاء لم يكن عن دليل موجب للنقض وإنما كان لجهل بالدليل المسقط للرد وهو الرضا ثم ظهر الدليل بخلافه فلا ينفذ باطناً؛ كذا في النهاية.

قوله: **(ومن دفع إلى رجل عشرة ينفقها على أهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة)** لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء وحكمه كذلك، وقيل هذا استحسان، والقياس لا ويصير متبرعاً، وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء، فأما الإنفاق فيضمن الشراء فلا يدخلا منه، وظاهر كلامه أنه أنفق دراهمه مع بقاء دراهم الموكل ولذا قال في النهاية: هذا إذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت الإنفاق وكان يضيف العقد إليها أو يطلق، أما إذا كانت مستهلكة أو أضاف العقد إلى عشرة نفسه يصير مشترياً لنفسه متبرعا بالإنفاق لأن الدراهم تتعين في الوكالة اهـ. والأهل ليس بقيد احترازي لأنه لا فرق بين الوكيل بالإنفاق في البيت والوكيل بالإنفاق في البناء كما في الخلاصة. والوكيل بالإنفاق ليس احترازياً أيضاً لأن الوكيل بقضاء الدين كذلك. وفي الخلاصة: الوكيل ببيع الدينار إذا أمسك الدينار وباع ديناره لا يصح، والوكيل بالشراء إذا اشترى ما أمر به ثم أنفق الدراهم

في هذه المسألة ما إذا أنكر رب المال الوكالة، والذي يظهر أن الأمر يرجع فيها إلى مسألة دعوى الوكالة عن الغائب فيأخذ الغريم المال من الوكيل إن كان قائماً، ويضمنه إن استهلكه. وإذا هلك لا رجوع له عليه إلا إذا ضمنه أخذاً من قولهم إن دعواه الإيفاء إقرار بالدين وبالوكالة فتأمل. وراجع المنقول فإني لم أر من صرح بذلك والله تعالى أعلم. هذا ويقرب من هذا الجواب ما ذكره الأصحاب في تعليل المسألة بقولهم وهذا لأنه لو لم يكن محققاً عنده في طلب الدين ما اشتغل بذلك فصار كما إذا طلب منه الدائن فقال أوفيتك فإنه يكون إقراراً ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع إليه كما لو أقر بالوكالة صريحاً تأمل. قوله: **(والفرق أن التدارك الخ)** أي الفرق بين هذه المسألة حيث لا ترد الأمة على البائع وبين التي قبلها حيث يدفع الغريم المال إلى الوكيل قوله: **(فلو ردها الوكيل على**

باب عزل الوكيل

وتبطل الوكالة بالعزل إن علم به وموت أحدهما وجنونه مطبقاً ولحوقه مرتداً

بعد ما سلم إلى الآمر ثم نقد البائع غيرها جاز، ولو اشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالشراء للوكيل وضمن للموكل دنانيره للتعدي ا هـ. ولو قال المصنف والوكيل بالإنفاق أو القضاء أو الشراء أو التصدق إذا أمسك المدفوع إليه ونقد من ماله حال قيامه لا يكون متبرعاً إذا لم يضف إلى غيره لكان أولى. وأما مسألة التصدق ففي القنية: أعطاه دراهم ليتصدق بها عن زكاته فتصدق المأمور بدراهم نفسه يجزئه إذا تصدق بها على نية الرجوع كالقيم والوصي. وقيدنا بقيام المدفوع لما في البزازية: أنفق الوكيل بالشراء الدراهم على نفسه ثم اشترى ما أمر من عنده بدراهم فالمشتري للوكيل لا للآمر في المختار ا هـ. ثم قال وفي العيون: أمره بصدقة ألف وأعطاه فأنفقه وتصدق بألف من عنده لا يجوز ويضمن، وإن باقية عنده وتصدق بألف من عنده جاز استحساناً. وفي المنتقى: أمره أن يقبض من مديونه ألفاً ويتصدق فتصدق بألف ليرجع على المديون جاز استحساناً ا هـ. وفي جامع الفصولين من السابع والعشرين: نقد من ماله ثمن شيء شراه لوالده ونوى الرجوع يرجع ديانة لا قضاء ما لم يشهد، ولو ثوباً أو طعاماً وأشهد أنه يرجع فله أن يرجع لو له مال وإلا فلا لوجوبهما عليه حينئذ، ولو قناً أو شيئاً لا يلزمه رجع، وإن لم يكن له مال لو أشهد وإلا لا، ولو أنفق عليه الوصي من ماله ومال اليتيم غائب فهو متطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه أو أنه يرجع ا هـ. والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب عزل الوكيل

قد علم أنها من العقود الغير اللازمة ولهذا لا يدخلها خيار شرط، ولا يصح الحكم بها مقصوداً وإنما يصح الحكم بها ضمن الدعوى على الغريم كما في جامع الفصولين فكان للموكل العزل متى شاء بشرط علم الوكيل ولو كان وكيلاً بالنكاح والطلاق لأنه وإن لم

البائع بالعيب الخ) قال بعض الفضلاء: مناف لما تقدم من أن القاضي لا يقضي بالرد اللهم إلا أن يقال معناه لا ينبغي له ذلك فلو فعل كان القضاء موقوفاً، فإن حضر المشتري وكذب البائع قضى القاضي على الصحة، وإن صدقه استردها تأمل قوله: **(فلا ينفذ باطناً)** اعترض بأنه إذا جاز نقض القضاء هنا عند أبي حنيفة أيضاً بأي سبب كان لا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسألتين.

باب عزل الوكيل

قوله: **(فكان للموكل العزل متى شاء بشرط علم الوكيل)** قال الرملي: أطلقه فشمل ما لو

....

يلحقه الضرر يصير مكذباً شرعاً فيكون غروراً، ويثبت عزله بالمشافهة به أو بكتابته له كتاباً بعزله أو بإرساله رسولاً عدلاً أو غير عدل حراً أو عبداً صغيراً أو كبيراً إذا قال له الموكل أرسلني إليك لأبلغك عزله عن الوكالة، فلو أشهد على العزل حال غيبة الوكيل لم ينعزل، ولو أخبره فضولي فقد تقدم أنه لا بد عنده من أحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة، ولها أخوات في مسائل شتى من كتاب القضاء وهي غير لازمة من الجانبين فللوكيل عزل نفسه بشرط علم الموكل كما في عزل الموكل والوكيل بقبض الدين لا بحضرة المديون له عزله وإن بحضوره لا ما لم يعلم به المديون، فلو دفع المديون دينه إلى هذا الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ. وعزل العدل بحضرة المرتهن لا يصح ما لم يرض به المرتهن. هذا لو بالتماس الطالب، أما لو بالتماس القاضي حال غيبة الطالب يصح بحضرة القاضي وبحضرة الطالب أيضاً. وقول الوكيل بعد القبول بمحضر الموكل ألغيت توكيلي أو أنا بريء من الوكالة لا يخرجه عنها، وجحود الموكل بقوله لم أوكلك لا يكون عزلاً كما في الشرح إلا أن يقول والله لا أوكلك بشيء فقد عرفت تهاونك فيعزل كما في الخلاصة والبزازية. ثم يطرأ على الوكالة اللزوم في مسائل ولذا قال في المجمع: ويملك الموكل عزله ما لم يتعلق بها حق الغير ا هـ. فمنها الوكالة ببيع الرهن سواء كانت مشروطة في الرهن أو بعده على الأصح فتلزم كالرهن، ومنها الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب عند غيبة المطلوب لأنه إنما خلى سبيله اعتماداً على أنه يتمكن من إثبات حقه متى شاء، فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب بخلاف ما إذا كان المطلوب حاضراً أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب أو كانت من جهته لتمكنه من الخصومة مع المطلوب في الوجه الأول، ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني إذ هو لم يطلب، وفي الوجه الثالث العزل إلى الطالب وهو صاحب الحق فله أن يعزله

وكله وشرط على نفسه عدم العزل أو مدة حياته أو أبداً كما هو ظاهر فقد صرح في الإسعاف أن منصوب الواقف كالوكيل عنه فيملك عزله متى شاء وإن شرط أنه لا يعزل والله تعالى أعلم قوله: **(لأنه وإن لم يلحقه ضرر الخ)** قال الرملي: جواب عن سؤال مقدر تقديره كان ينبغي عدم اشتراط علم الوكيل فيهما لعدم رجوع الحقوق فيهما إليه فأجاب عنه بقوله «لأنه الخ». وسيأتي قريباً. وعلى هذا قال بعضهم: إذا وكل الزوج وكيلاً في طلاق زوجته بالتماسها ثم غاب ـ يعني الوكيل ـ لا يملك عزله وليس بشيء بل له عزله في الصحيح لأن المرأة لا حق لها في الطلاق ومثله في الزيلعي قوله: **(ولها أخوات في مسائل شتى)** وهي إخبار السيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إلينا قوله: **(وجحود الموكل الخ)** قال في المنح بعد نقل ما ذكر عن الشارح الزيلعي: لكن ذكر الشارح المذكور في كتاب الوصايا أن جحود التوكيل يكون عزلاً وذكر في مسائل شتى بعد كتاب القضاء أن جميع العقود تنفسخ بالجحود إذا وافقه صاحبه بالترك إلا النكاح فينبغي حمل ما في الوصايا

....

ويباشر الخصومة بنفسه، وله أن يتركها بالكلية، وعلى هذا قال بعضهم إذا وكل الزوج وكيلاً بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء بل له عزله في الصحيح لأن المرأة لا حق لها في الطلاق، وعلى هذا قالوا: لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يملك عزله، وسيأتي في آخر الكتاب في مسائل شتى أنه يقول له رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة وهو الصحيح كما في الشرح، وبه يفتى كما في الخلاصة. وفي العمدة: لو قال الموكل كلما أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيلي فله أن يخرجه منها بمحضر منه ما خلا الطلاق والعتاق لأنهما مما يتعلقان بالشرط، والإخطار بمنزلة اليمين ولا رجوع عن اليمين ا هـ. وفي الخلاصة: المختار أنه يملك عزله بمحضر منه إلا في الطلاق والعتاق والتوكيل بسؤال الخصم ا هـ. وفي منية المفتي قال مشايخنا: يملك عزله في الفصول كلها ا هـ. وهذا إن شاء الله تعالى هو المعتمد. وفي الفتاوى الصغرى قال أستاذنا: إذا أراد أن يقول ذلك ينبغي أن يقدم قوله رجعت عن الوكالة المعلقة ثم يقول وعزلتك عن الوكالة المنفذة؛ كذا ذكره الفقيه أبو جعفر. طريق العزل لأنه إذا قدم العزل عن المنفذة قارنه تنجز وكالة أخرى من الوكالات المعلقة فلا ينعزل بعد ذلك عنها بقوله ورجعت عن الوكالة المعلقة لأنه حين قال ذلك كانت تلك وكالة منجزة، وإنما صار وإلى ما ذكر من تخصيص لفظ الرجوع بالمعلقة من الوكالات احترازاً عن خلاف أبي يوسف فإن الإخراج عن الوكالة المعلقة

على ما إذا وافقه الوكيل على ترك الوكالة والله تعالى أعلم اهـ. قال أبو السعود: ورأيت بخط السيد الحموي عن الولوالجية تصحيح أن الجحود يكون رجوعاً قال: وعليه الفتوى بعد أن حكى اختلاف الرواية فيما إذا جحد الوصاية هل يكون رجوعاً أم لا اهـ. وفي شرح القهستاني: ويدخل فيه يعني في العزل جحود الوكالة فإن جحود ما عدا النكاح فسخ، وفي رواية لم ينعزل بالجحود قوله: **(وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل الخ)** قال في البزازية: وإذا أراد الموكل عزله عن الوكالة الدورية كيف يعزله؟ قيل يقول عزلتك كلما وكلتك وأنه لا يصح لأن فيه تعليق العزل بالشرط حيث قال: إن صرت وكيلي فأنت معزول. ولأن المعلقة بالعزل غير ثابتة فكيف يصح العزل عنه؟ واختار شمس الأئمة أن يقول عزلتك عن الوكالات كلها أو عزلتك عن ذلك كله وأنه أيضاً مشكل لأن الإخراج قبل الدخول في ذلك الشيء لا يتصور والعزل إخراج والمعلقة غير نازلة فلا يتصور الإخراج. قال الفقيه أبو جعفر: والإمام ظهير الدين يقول رجعت عن المعلقة وعزلت عن المنفذة ولا يقدم العزل عن المنفذة على الرجوع عن المعلقة لأنه إذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة أخرى من المعلقة فلا ينعزل بعد عنها بالرجوع عن المعلقة قوله: **(وهذا إن شاء الله تعالى هو المعتمد)** قال بعض الفضلاء: أي في غير التوكيل بسؤال الخصم اهـ. وعبارة البزازية هنا: وكله غير جائز الرجوع ثم أراد الرجوع قال بعض المشايخ: ليس له أن يعزله في الطلاق والعتاق كما لو قال لرجل جعلت أمر امرأتي إليك يطلقها متى شاء أو قال جعلت عتق عبدي في يدك يعتقه متى شاء أو قال أعتق عبدي إذا شئت أو

....

بلفظ العزل لا يصح ا هـ. ثم اعلم أنه لو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح، والفرق أن التوكيل يصح تعليقه بالشروط والعزل لا كما صرح به في الصغرى والصيرفية فإذا وكله لم ينعزل.

قوله: **(وتبطل الوكالة بالعزل إذا علم به الوكيل)** ولو قال كما في المجمع لكان أولى كما قدمناه. وأطلق في الوكالة فشمل المنجزة والمعلقة فيملك عزله عن المعلقة قبل وجود الشرط وعليه الفتوى، وفي الصغرى وبه يفتى. وفي القنية: لو قال الوكيل عزلني موكلي وهو غائب وكذبه المدعي لا يقبل قوله. وفي شهادات العتابية: وبينة العزل أولى من بينة البيع من الوكيل، وكذا الطلاق والعتاق، وإذا شهدوا ببيع الوكيل يجب أن يسألهم القاضي عن بيعه قبل العزل أو بعده، فإن ماتوا أو غابوا قضى بشهادتهم ا هـ. ولو قال المؤلف «إلا إذا لم يعلم بها فلا يشترط علمه به» لكان أولى لما في البزازية: إذا وكله ولم يعلم بها فله عزله وإن لم يعلم به. وقيد بالوكيل لأن عزل الرسول يصح بلا علمه. وقدمنا أنه يستثنى من صحة عزله الوكيل ببيع الرهن وبالخصومة بالتماس الطالب عند غيبة الموكل، وفيما إذا قال كلما عزلتك فأنت وكيلي على قول ضعيف. ويستثنى ما إذا وكل وكيل البيع موكله بالثمن من المشتري بأمر القاضي فإنه لا يملك إخراجه عنها وأن لا يأمر الحاكم له عزله؛ كذا في البزازية. وما في المحيط. وكله ببيع عين له عزله إلا أن يتعلق به حق الوكيل بأن يأمره بالبيع واستيفاء الثمن بإزاء دينه ا هـ. فالمستثنى خمسة. ثم اعلم أن الوكالة إنما يتوقف بطلانها على العزل إذا لم ينته الأمر، فإن بلغ نهايته العزل بلا عزل كما لو وكله بقبض الدين فقبضه أو بالنكاح فزوجه فإنه ينعزل كما في البزازية. قوله: **(وموت أحدهما وجنونه مطبقاً ولحوقه مرتداً)** أي تبطل بهذه الأشياء لأن التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام

طلق امرأتي إن شئت لا يملك الرجوع لأن[1] وأن في البيع والشراء والإجارة يصح العزل. وقال بعض مشايخنا: العزل في كل الفصول ليس فيه رواية مسطورة قوله: **(ولو قال كما في المجمع لكان أولى كما قدمناه)** أي في القولة السابقة حيث قال: ولذا قال في المجمع: ويملك الموكل عزله ما لم يتعلق بها حق الغير اهـ. قوله: **(ولو قال المؤلف إلا إذا لم يعلم بها الخ)** فيه نظر فإنه قبل علمه لا يكون وكيلاً حتى لو باع لا ينفذ ولا يكون بيعه إجازة للوكالة بخلاف الوصي، وحينئذ فعزله قبل علمه ليس عزلاً حقيقة تأمل. قوله: **(وإن لا يأمر الحاكم الخ)** «إن» شرطية «ولا» نافية وهو مقابل قوله «بأمر القاضي» قوله: **(بأن يأمر بالبيع واستيفاء الثمن بإزاء دينه)** هذا إذا لم يكن الدين مؤجلاً، أما إذا كان مؤجلاً ففي القهستاني عن الجواهر: ولو وكل الدائن بدين مؤجل ببيع داره بسؤاله عند الأجل كان له عزله قبله قول المصنف: **(وموت أحدهما الخ)** قال في اليعقوبية: ذكر موت الوكيل

---

(١) هكذا بياض بالأصل.

....

الأمر وقد بطل بهذه العوارض. وفي القنية: بلغ المستبضع موت المبضع وهو في الطريق وقد اشترى رقيقاً بمال البضاعة ليس له أن ينفق على الرقيق من بقية مال البضاعة إلا بأمر القاضي ا هـ. وفي التجنيس من باب المفقود: رجل غاب وجعل داراً له في يد رجل ليعمرها فدفع إليه مالاً ليحفظه ثم فقد الدافع فله أن يحفظ، وليس له أن يعمر الدار إلا بإذن الحاكم لأنه لعله قد مات، ولا يكون الرجل وصياً للمفقود حتى يحكم بموته ا هـ. وبهذا علم أن الوكالة تبطل بفقد الموكل في حق التصرف لا الحفظ، وظاهر إطلاق المؤلف رحمه الله تعالى أن كل وكالة تبطل بموت الموكل وجنونه وليس كذلك ففي البزازية: قولهم ينعزل بجنون الموكل وموته مقيد بالموضع الذي يملك الموكل عزل وكيله، فأما في الرهن فإذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل أو الوكيل بالأمر باليد لا ينعزل، وإن مات الموكل أو جن والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بجنون الموكل وموته، والوكيل بالطلاق ينعزل بموت الوكيل استحساناً لا قياساً ا هـ.

وعلى هذا يفرق في الوكالة اللازمة بين وكالة ووكالة، فالوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقياً أو حكمياً، ولا بالخروج عن الأهلية بالجنون والردة، وفيما عداها من اللازمة. لا تبطل بالحقيقي وتبطل بالحكمي وبالخروج عن الأهلية وقيد بالمطبق لأن قليله بمنزلة الإغماء، وحده شهر عند أبي يوسف اعتباراً بما يسقط به الصوم، وعنه أكثر من يوم وليلة لسقوط الصلوات الخمس فصار كالميت، وقدره محمد بحول كامل لسقوط جميع العبادات به فقدر به احتياطاً وهو الصحيح كما ذكره الشارح. والمطبِق ـ بكسر الباء ـ أي

وقع في الهداية والكافي أيضاً لكن كون الموت مبطلاً لتصرف الوكيل ظاهر فلا فائدة له إلا دفع توهم جريان الإرث وإن كان في غاية البعد.

قوله: **(وبهذا علم أن الوكالة تبطل بفقد الموكل الخ)** رده المقدسي بأن ظاهر ما في التجنيس أنه إنما دفع المال ليحفظه وحينئذ فلا يدل على ما استنبطه. فلقائل أن يقول لو دفعه ليعمر منه كان له ذلك وإنما امتنع لعدم إذنه؛ كذا في حاشية أبي السعود عن الحموي. أقول: كيف يصح قوله كان له ذلك مع التعليل بأنه لعله قد مات وليس هذا وصية؟ ثم لا يخفى أن أمره بتعمير الدار لا يخلو إما أن يكون من هذا المال المدفوع أو من مال آخر دفعه له أو من مال المأمور، وعلى كل فقوله «ليس له أن يعمر الدار الخ» يدل على عزله في التصرف دون الحفظ فثبت ما قاله المؤلف فتأمله منصفاً قوله: **(وفيما عداها من اللازمة لا تبطل بالحقيقي الخ)** يرد عليه الوكيل بالأمر باليد كما قدمه آنفاً والوكيل ببيع الوفاء كما سيذكره آخر المقولة قوله: **(وهو الصحيح كما ذكره الشارح)** لكن في الشرنبلالية عن المضمرات مقدر بشهر وبه يفتى، وكذا في القهستاني والباقاني، وجعله قاضيخان في فصل فيما يقضى بالمجتهدات قول أبي حنيفة وأن عليه الفتوى فليحفظ؛ كذا في الدر المختار قوله: **(ويكون الفعل مما استعمل لازماً ومتعدياً)** كذا في النسخ ولعله «أو يكون» بـ «أو» دون الواو لأنه إذا كان مما

....

الدائم، والحمى المطبقة هي التي لا تفارق ليلاً ونهاراً؛ كذا في النهاية والبناية. وزاد في البناية: وقيل مستوعباً من قولهم أطبق الغيم إذا استوعب. وفي المصباح: أطبقت عليه الحمى فهي مطبقة الكسر على الباب، وأطبق عليه بالجنون فهو مطبق أيضاً، والعامة تفتح الباء على معنى أطبق الله تعالى عليه الحمى والجنون أدامهما كما يقال أحمه الله وأجنه أي أصابه بهما. وعلى هذا فالأصل مطبق عليه فحذفت أيضاً تخفيفاً ويكون الفعل مما استعمل لازماً ومتعدياً ا هـ. وقيد بلحاق المرتد لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته، فإن أسلم نفذ، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة. فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه. وفي إيضاح الإصلاح: والمراد بلحوقة ثبوته بحكم الحاكم ا هـ. ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها، وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها أيضاً لأنها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها وردتها لا تؤثر في عقودها إلا إذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت فإن ذلك يبطل لأنها لا تملكه بنفسها فكذا وكيلها، وإذا بطلت باللحاق من أحدهما لا تعود بعوده مسلماً على

استعمل لازماً ومتعدياً لا يحتاج إلى دعوى حذف الصلة تخفيفاً فإن ما حذفت منه الصلة يكون متعدياً، وما ذكرت فيه يكون لازماً فتعين ما قلنا تأمل قوله: **(وفي إيضاح الإصلاح والمراد بلحوقه ثبوته بحكم الحاكم)** قال في الحواشي اليعقوبية: قوله «ولحاقه بدار الحرب مرتداً» هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يبطل لو حكم بلحاقه وقد مر في السير؛ كذا في الهداية. وههنا كلام وهو أن المعلوم مما ذكر في كتاب السير أن المرتد إذا لحق بدار الحرب تكون تصرفاته موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله، فإن عاد مسلماً صار كأن لم يزل مسلماً وتصح تصرفاته، وإن مات أو حكم بلحاقه استقر كفره فتبطل تصرفاته. وعندهما تصرفاته نافذة إلا أن يموت أو يحكم بلحاقه والوكالة من جملة التصرفات فلا وجه للحكم ههنا بمجرد اللحاق عند أبي حنيفة رحمه الله كما لا يخفى، اللهم إلا أن يراد من بطلان الوكالة عدم نفوذها لكنه بعيد لا يخفى فليتأمل. وقال في الهداية: وتبطل الوكالة بموت الموكل أو جنونه جنوناً مطبقاً أو لحاقه بدار الحرب مرتداً ثم قال بعده: وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف. ويعلم من هذا أن الرجل الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحوق، فينبغي أن يقول في قوله السابق «وارتد» بدل قوله «ولحاقه بدار الحرب» كما لا يخفى اهـ. وفي الكفاية: ذكر شيخ الإسلام في المبسوط: وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتداً فإنه لا ينعزل عن الوكالة عندهم جميعاً ما لم يقض القاضي بلحاقه اهـ. وهذا كما ترى مؤيد لما بحثه المحشي. ثم اعلم أن المذكور في السير أن تصرفات المرتد كالمبايعة والعتق ونحوهما موقوفة عند الإمام إن أسلم نفذت وإن هلك أو لحق بدار الحرب وحكم به بطلت وأجازها مطلقاً، وهذا كما ترى ليس خاصاً بما إذا لحق بل الحكم أعم فتأمل.

وبافتراق الشريكين وعجز موكله لو مكاتباً وحجره لو مأذوناً وتصرفه بنفسه.

المذهب الظاهر موكلاً كان أو وكيلاً، ومقتضاه أنه لو أفاق بعد جنونه مطبقاً لا تعود وكالته. ثم اعلم أن الوكالة تبطل بموت الموكل إلا في بيع الوفاء. قال في جامع الفصولين: باعه جائزاً بوكالة ثم مات موكله لا ينعزل بموته الوكيل ا هـ. والبيع الجائز هو بيع الوفاء اصطلاحاً.

قوله: **(وافتراق الشريكين)** أي تبطل بافتراقهما وإن لم يعلم الوكيل لأنه عزل حكمي والعزل الحكمي لا يشترط فيه العلم. أطلقه فشمل ما إذا افترقا ببطلان الشركة لهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء فتبطل الوكالة الضمنية، وما إذا وكل الشريكان أو أحدهما وكيلاً للتصرف في المال، فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما إذا لم يصرحا بالإذن في التوكيل. وذكر الحاكم في الكافي: إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً ثم تفرقا واقتسما المال وأشهدا أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز ذلك عليهما جميعاً، وكذا لو كان وكلاه جميعاً لأن وكالة أحدهما جائزة على الآخر، وليس تفرقهما نقضاً للوكالة لأن أثر النقض لا يظهر في توابع عقود باشرها أحدهما قبل ذلك، وإذا وكل أحد شريكي العنان وكيلاً ببيع شيء من شركتهما جاز ذلك عليه وعلى صاحبه استحساناً، وإذا وكله يبيع أو شراء أو إجارة أو تقاضي دين ثم أخرجه الشريك الآخر من الوكالة فإنه يخرج عنها إلا في تقاضي الدين، فإن كان الموكل هو الذي أدانه فإخراج هذا إياه باطل، وإن كان الموكل لم يدنه لم يجز توكيله هذا في تقاضيه الشريك ا هـ قوله: **(وعجز موكله لو مكاتباً وحجره لو مأذونا)** لما ذكرنا أن قيام الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز علم أو لم يعلم. أطلقه وهو مقيد بما إذا كان وكيلاً في العقود والخصومات، وأما الوكيل في قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل بهما لأنهما يوجبان الحجر عن إنشاء التصرف لا عن قضاء الدين واقتضائه فكذا لا يوجب عزل وكيله، وكذا الوكيل بقبض

قوله: **(وإذا بطلت باللحاق من أحدهما الخ)** قال في الحواشي اليعقوبية: واعلم أن الوكيل إن عاد مسلماً بعد لحوقه بدار الحرب مرتداً والقضاء به تعود الوكالة عند محمد رحمه الله، ولا تعود عند أبي يوسف. ولو عاد الموكل مسلماً بعد اللحوق والقضاء به لا تعود الوكالة عندهم في ظاهر الرواية، وعن محمد أنه تعود كما قال في الوكيل. والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه، وفي حق الوكيل على معنى قائم به وهو الأهلية ولم تزل بالقضاء بلحاقه؛ كذا ذكر في الهداية وشروحها. وعند أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن تعود الوكالة الباطلة بمجرد اللحوق بدون القضاء كما هو قوله إذا عاد الموكل مسلماً بعده كما لا يخفى فليتأمل اهـ. قوله: **(إلا في بيع الوفاء)** قال العلامة المقدسي: وهو ظاهر لتعلق حق البائع اهـ. والأولى أن يقول لتعلق حق المشتري؛ قاله بعض الفضلاء أي لأنه رهن في المعنى على ما عليه العمل اليوم

....

الوديعة لم ينعزل بعجزه وحجره كما في كافي الحاكم، ولا تعود الوكالة بكتابة موكله وإذنه. وقد حصر المؤلف عزل وكيلهما بهما ويعزل الموكل أخذاً من عموم بطلانها بعزل الموكل، فأفاد أن المولى لو عزل وكيل العبد المأذون له لم ينعزل لأنه كالحجر الخاص. ولو أعتق العبد بعد ما وكله سيده أو طلقها ثلاثاً بعد ما وكلها لم ينعزلا، وإن باع العبد فإن رضي المشتري أن يكون العبد على وكالته فهو وكيل، وإن لم يرض بذلك لم يجبر على الوكالة؛ كذا في كافي الحاكم. وهو يقتضي أن توكيل عبد الغير موقوف على رضا السيد وقد سبق إطلاق جوازه لأنه لا عهدة عليه في ذلك إلا أن يقال إنه من باب استخدام عبد الغير وقد سئلت عن ناظر وكل وكيلاً في أمر الوقف ثم عزله القاضي هل ينعزل وكيله بعزله؟ فأجبت بأنه ينعزل أخذاً من قولهم هنا يشترط لدوامها ما يشترط لابتدائها والله أعلم.

قوله: **(وتصرفه بنفسه)** أي يبطل بتصرف الموكل فيما وكل فيه لانقضاء الحاجة. أطلقه وهو مقيد بتصرف يعجز الوكيل عن التصرف معه كما لو وكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه أو كاتبه الموكل بنفسه أو بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعل بنفسه أو بطلاق فطلقها الزوج ثلاثاً أو واحدة فانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه، وأما ما لا يعجز عنه فلا تبطل به كما لو طلقها واحدة والعدة باقية فللوكيل أن يطلقها أخرى. ولو ارتد الزوج وقع طلاق الوكيل عليها ما دامت في العدة ولحوقه بمنزلة موته، ولو وكله بطلاقها فخالعها الزوج وقع طلاق الوكيل في عدتها، ولو وكل بالبيع فباعه الموكل ثم رد عليه بما هو فسخ فالوكيل على وكالته، وإن رد بما لا يكون فسخاً لا تعود الوكالة كما لو وكله في هبة شيء ثم وهبه الموكل ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل الهبة، ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل أو آجره فسلمه فهو على وكالته في ظاهر الرواية، ولو وكله أن يؤجر داره ثم أجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الإجارة يعود على وكالته؛ كذا في القنية. وفي البزازية: ولو وكله ببيع داره ثم بنى فيها فهو رجوع عنها عند الإمام ومحمد لأن التجصيص والوصية بمنزلة الوكالة، وكذا لو وكله ببيع أرضه ثم غرس فيها بخلاف ما إذا وكله ببيع أرض وزرع فيبيع الوكيل الأرض دون الزرع لأن البناء والغرس يقصد بهما القرار لا الزرع. أمره بشراء دار وهي أرض بيضاء فبنى فيها ليس له أن يشتريها بعده، ولو كانت مبنية فزاد فيها حائطاً أو جصصها له البيع. وكله ببيع وصيفة وهي شابة فصارت عجوزاً فالوكالة على حالها بخلاف ما إذا أمره بشراء

فالمشتري مرتهن قوله: **(عزل وكيلهما بهما)** أي الحجر والعجز قوله: **(إلا أن يقال الخ)** إذا كان من باب الاستخدام لعبد الغير يتوقف على رضا سيده لأنه لا يملك منافعه تأمل.

قوله: **(لأن التجصيص)** هكذا في أغلب النسخ وفي نسخة «لا التجصيص» بلا النافية وقوله «والوصية» مبتدأ خبره ما بعده.

....

سويق فلته أو سمسم فعصره فصار دهناً حيث تبطل الوكالة وفي البيع لا اهـ. وفي وصايا الخانية: ولو قال أوصيت بهذه الكفري الذي في نخلتي فصار بسراً قبل موت الموصي بطلت الوصية، ولو قال أوصيت بهذا الرطب الذي في نخلتي فصار تمراً قبل موت الموصي في القياس تبطل الوصية ولا تبطل استحساناً، ولو قال أوصيت بعنبي هذا لفلان فصار زبيباً قبل موت الموصي بطلت الوصية قياساً واستحساناً، ولو قال أوصيت بزرعي هذا لفلان وهو بقل فصار حنطة أو شعيراً قبل موت الموصي بطلت الوصية، وفي الوكالة إذا تغير في هذا كله بطلت الوكالة، وفي البيع بشرط الخيار إذا تغير في أيام الخيار لا يبطل البيع ولا الخيار اهـ. وفي البدائع: إذا باع الموكل ماوكل ببيعه ولم يعلم الوكيل فباعه وقبض الثمن فهلك في يده ومات العبد قبل التسليم ورجع المشتري على الوكيل رجع الوكيل على الموكل، وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حر الأصل لأنه صار مغروراً من جهة، ولو مات الموكل أو جن لا يرجع لعدم الغرور والوكيل بقبض الدين لو قبضه وهلك في يده بعد ما وهبه الموكل للمديون ولم يعلم الوكيل لم يضمن وتمامه فيه اهـ. والله أعلم.

كتاب الدعوى

هي إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة المدعي من إذا ترك ترك والمدعى عليه بخلافه

كتاب الدعوى

مناسبتها ظاهرة لأن الوكيل بالخصومة وغيرها يحتاج إليها. والكلام فيها في مواضع: الأول في معناها لغة ففي المصباح: ادعيته طلبته لنفسي والاسم الدعوى ودعوى فلان كذا أي قوله. والدعوة المرة وبعض العرب يؤنثها بالألف فيقول الدعوى. وقد يتضمن الادعاء معنى الإخبار فتدخل الباء جوازاً فيقال فلان يدعي بكرم فعاله أي يخبر بذلك عن نفسه. وجمع الدعوى الدعاوَى بكسر الواو وفتحها، وبعضهم قال الفتح أولى، وبعضهم الكسر أولى، ومنهم من سوى بينهما ومثله الفتوى والفتاوى وتمامه فيه. وفي القاموس: ادعى بكذا زعم له حقاً أو باطلاً والاسم الدعوة والدعاوة ويكسران، والدعوة الحلف والدعاء إلى الطعام ويضم كالمدعاة، وبالكسر الادعاء في النسب اهـ. وفي الكافي: يقال ادعى زيد على عمرو مالاً فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال المدعي والمدعى به خطأً والمصدر الادعاء افتعال من دعا والدعوى على فعلى اسم منه وألفها للتأنيث فلا تنون، يقال دعوى باطلة وصحيحة وجمعها دعاوَى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى. والدعوى في الحرب أن يقول الناس يا لفلان وأما قوله تعالى ﴿دعواهم فيها سبحانك اللهم﴾ [يونس: ١٠] فمعناها الدعاء وحقيقتها في جميع المواضع أن تدعو إلى نفسك أو لنفسك والدعوى بالفتح المدعاة وهي المأدبة، وبالكسر في النسب، والمدعي من يقصد ايجاب الحق على نفسه ولا حجة له اهـ. الثاني في معناها شرعاً وهو ما أفاده المؤلف بقوله: **(هي إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة)** فخرج الإضافة حالة المسالمة فإنها دعوى لغة لا شرعاً، ونظيره ما في البزازية: عين في يد رجل يقول هو ليس لي وليس هناك منازع لا يصح نفيه، فلو ادعاه بعد ذلك لنفسه صح، وإن كان

كتاب الدعوى

قوله: **(فخرج عنه دعوى إيفاء الدين والإبراء منه)** قال بعض الفضلاء: رده العلامة المقدسي

....

ثمة منازع فهو إقرار بالملك للمنازع، فلو ادعاه بعده لنفسه لا يصح، وعلى رواية الأصل لا يكون إقراراً بالملك له ا هـ. والتعريف المذكور في الكتاب خاص بدعوى الأعيان والديون فخرج عنه دعوى إيفاء الدين والإبراء منه. الثالث في ركنها ففي البدائع: قوله لي عليه كذا أو قضيته أو أبرأته ونحوه. وفي غاية البيان: ركنها معناها اللغوي إضافة الشيء مطلقاً وفيه نظر. وفي خزانة المفتين: ولو كان المدعي عاجزاً عن الدعوى عن ظهر القلب يكتب دعواه في صحيفة ويدعي منها فتسمع دعواه ا هـ. الرابع في شروطها المصححة لها فمنها عقل المدعي والمدعى عليه، ومنها معلومية المدعي كما سيأتي بيانه. ومنها كون المدعي مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة كقوله لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابني أو قال ذلك لمعروف النسب، ولم أر حكم المستحيل عادة كدعوى فقير أموالاً عظيمة على غني أنه غصبها منه، والظاهر عدم سماعها ثم كتبت بعد ذلك في آخر باب التحالف ما يفيده فليراجع. ومنها كونها بلسان المدعي فلا تصح بلسان وكيله إلا برضا خصمه عند الإمام إذا لم يكن به عذر. ومنها مجلس القضاء فلا تسمع هي والشهادة إلا بين يدي الحاكم. ومنها حضرة الخصم فلا يسمعان إلا على خصم حاضر إلا إذا التمس المدعي ذلك بالكتاب الحكمي للقضاء. ومنها عدم التناقض في الدعوى إلا في النسب والحرية وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه كما لو أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قبله لا بعده أو مطلقاً، وهذه السبعة في البدائع. ومنها كون المدعي ملزماً على الخصم فلا تصح دعوى التوكيل على موكله الحاضر لإمكان عزله كما في العناية. الخامس في حكمها وهو وجوب الجواب على المدعى عليه، واقتصر عليه في الكافي وزاد الشارح وجوب الحضور على الخصم وفيه نظر، لأن حضوره شرطها كما قدمناه فكيف يكون وجوبه حكمها المتأخر عنها؟

وحاصله كما في منية المفتي أن المدعي إذا طلب من القاضي إحضار الخصم أحضره بمجرد الدعوى إن كان في المصر أو كان قريباً بحيث لو أجاب يبيت في منزله، وإن كان أبعد منه قيل يأمره بإقامة البينة على موافقة دعواه لإحضار خصمه والمستور في هذا يكفي، فإذا أقام يأمر إنساناً ليحضر خصمه، وقيل يحلفه القاضي؛ فإن نكل أقامه عن مجلسه، وإن حلف يأمر بإحضاره ا هـ. وقدمنا في أدب القاضي حكم ما إذا امتنع عن الحضور وأجرة الرسول لإحضاره وما إذا اختفى في بيته وحكم الهجوم عليه. السادس في سببها قال في العناية: إنه تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لأن المدعي إما أن يكون راجعاً إلى النوع أو

بأن هذا إنما يكون من جانب المدعى عليه لدفع الدعوى أي فليس بدعوى، وأيضاً إذا علم أن الديون تقضى بأمثالها فالإيفاء دعوى دين والإبراء دعوى تمليك معنى اهـ.

قوله: **(ولم أر حكم المستحيل عادة الخ)** قال العلامة ابن الغرس في الفواكه البدرية: ومن

....

إلى الشخص. السابع في المقصود من شرعيتها قال في العناية: وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعاً للفساد المظنون ببقائها ا هـ. ولم يذكر الشارحون هنا حكم استيفاء ذي الحق حقه من الغير بلا قضاء، وأحببت جمعه هنا من مواضعه تكثيراً للفوائد وتيسيراً على طالبيها فإن كان الحق حد قذف فلا يستوفيه بنفسه لأن فيه حق الله تعالى اتفاقاً، والأصح أن الغالب فيه حقه تعالى فلا يستوفيه إلا من يقيم الحدود ولكن بطلب المقذوف كما بيناه في بابه. وإن كان قصاصاً فقال في جنايات البزازية: قتل الرجل عمداً وله ولي له أن يقتص بالسيف قضى به أو لا، ويضرب علاوته، ولو رام قتله بغير سيف منع، وإن فعل عزر لكن لا يضمن لاستيفائه حقه ا هـ. وإن كان تعزيراً ففي حدود القنية: ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضاً أنهما يعزران ويبدأ بإقامة التعزير بالبادئ منهما لأنه أظلم والوجوب عليه أسبق ا هـ. وأما إذا شتمه فله أن يقول له مثله والأولى تركه كما قدمناه في محله وقالوا للزوج أن يؤدب زوجته. وفي جامع الفصولين من التحليف: ومن عليه التعزير لو مكن صاحب الحق منه أقامه ا هـ. وإن كان عيناً ففي إجارة القنية: ولو غاب المستأجر بعد السنة ولم يسلم المفتاح إلى الآخر فله أن يتخذ له مفتاحاً آخر، ولو أجره من غيره بغير إذن الحاكم جاز ا هـ. وقد صارت حادثة الفتوى مضت المدة وغاب المستأجر وترك متاعه في الدار فأفتيت بأن له أن يفتح الدار ويسكن فيها، وأما المتاع فيجعله في ناحية إلى حضور صاحبه ولا يتوقف الفتح على إذن القاضي أخذاً مما في القنية. وفي غصب منية المفتي: أخذت أغصان شجرة إنسان هواء دار آخر فقطع رب الدار الأغصان، فإن كانت الأغصان بحالة يمكن لصاحبها إن يشدها بحبل ويفرغ هواء داره ضمن القاطع، وإن لم يمكن لا يضمن إذا قطع من موضع لو رفع إلى الحاكم أمر بالقطع من ذلك الموضع ا هـ. وإن كان ديناً ففي مداينات القنية: رب الدين إذا ظفر من جنس حقه من مال المديون على صفته فله أخذه بغير رضاه ولا يأخذ خلاف جنسه كالدراهم والدنانير، وعند الشافعي له أخذه بقدر قيمته، وعن أبي بكر الرازي له أخذ الدنانير بالدراهم، وكذا أخذ الدراهم بالدنانير استحساناً لا

شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لا يكون مستحيلاً عقلاً أو عادة فإن الدعوى والحال ما ذكر ظاهرة الكذب في المستحيل العادي يقينية الكذب في المستحيل العقلي. مثال الدعوى بالمستحيل العادي دعوى من هو معروف بالفقر والحاجة وهو أن يأخذ الزكاة من الأغنياء على آخر أنه أقرضه مائة ألف دينار ذهباً نقداً دفعة واحدة وأنه تصرف فيها بنفسه ويطالبه برد بدلها، فمثل هذه الدعوى لا يلتفت إليها القاضي ولا يسأل المدعى عليه عن جوابها اهـ. لكنه لم يستند في منع دعوى المستحيل العادي إلى نقل عن المشايخ؛ كذا في المنح. قوله: **(وزاد الشارح وجوب الحضور على الخصم الخ)** عبارة الزيلعي: وحكمها وجوب الجواب على الخصم إذا صحت ويترتب

. . . .

قياساً. ولو أخذ من الغريم غيره ودفعه إلى الدائن قال ابن سلمة: هو والغريم غاصب، فإن ضمن الآخذ لم يصر قصاصاً بدينه، وإن ضمن الغريم صار قصاصاً. وقال نصير بن يحيى: صار قصاصاً بدينه والآخذ معين له وبه يفتى. ولو غصب جنس الدين من المديون فغصبه منه المديون فالمختار هنا قول ابن سلمة ا هـ. وظاهر قول أصحابنا أن له الأخذ من جنسه مقراً كان أو منكراً، له بينة أو لا، ولم أر حكم ما إذا لم يتوصل إليه إلا بكسر الباب ونقب الجدار وينبغي أن له ذلك حيث لا يمكنه الأخذ بالحاكم، وإذا أخذ غير الجنس بغير إذنه فتلف في يده ضمنه ضمان الرهن كما في غصب البزازية، ولم أر حكم ما إذا ظفر بمال مديون مديونه والجنس واحد فيهما، وينبغي أن يجوز. الثامن في دليلها الكتاب والسنة والإجماع وهي شهيرة. والتاسع في أنواعها. العاشر في وجوده دفعها وسيأتيان.

قوله: **(المدعي من إذا ترك ترك والمدعى عليه بخلافه)** أي المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة إذا تركها، ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى. وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما في الكتاب وهو حد عام صحيح، وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج، والمدعى عليه من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد، وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر. وقال محمد في الأصل: المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا لأن الاعتبار للمعاني دون الصور فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول قوله من اليمين، وإن كان مدعياً للرد صورة لأنه ينكر الضمان؛ كذا في الهداية. وحاصله أن المدعي يدعي فراغ ذمته عن الضمان ولهذا تقبل بينته اعتباراً للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف اعتباراً للمعنى؛ كذا في الكافي. وفي المجتبى: الصحيح ما في الكتاب والمراد أن المدعى عليه يجبر على أصل الخصومة، ولا ينافيه قول محمد إن الخيار للمدعى عليه في تعيين القاضي كما لا يخفى. وفي الخانية: ولو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما في محلة على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من

على صحتها وجوب إحضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا أو نعم وإقامة البينة أو اليمين إذا أنكر اهـ. فليس في كلام الزيلعي ما يفيد أنه جعل وجوب الحضور حكماً، وغاية ما استفيد من كلامه أن القاضي لا يحضره بمجرد طلب المدعي بل بعد سماعه دعواه فإن رآها صحيحة أحضره لطلب وإلا فلا فتدبر. أبو السعود.

قوله: **(ولو أخذ من الغريم غيره)** أي أخذ جنس الحق من الغريم غير رب الدين ودفعه لرب الدين قوله: **(قال ابن سلمة هو والغريم غاصب)** عبارة القنية هو غاصب والغريم غاصب الغاصب قوله: **(ولو غصب جنس الدين من المديون فغصبه منه المديون الخ)** كذا في النسخ والذي في القنية

....

محلة والآخر من محلة أخرى والمدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها أبو يوسف ومحمد، والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه. وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلدة فأراد العسكري أن يخاصمه إلى قاضي العسكر فهو على هذا ا هـ. وعلله في المحيط بأن أبا يوسف يقول إن المدعي منشئ للخصومة فيعتبر قاضيه، ومحمد يقول إن المدعى عليه دافع لها. وفي البزازية: قاضيان في مصر طلب كل واحد منهما أن يذهب إلى قاضٍ فالخيار للمدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى ا هـ. وهو بإطلاقه شامل كما إذا أراد المدعي قاضي محلة المدعى عليه وأراد المدعي عليه قاضي محلة المدعي، وما إذا تعدد القضاة في المذاهب الأربعة وكثروا كما في القاهرة فأراد المدعي قاضياً شافعياً مثلاً وأراد الآخر مالكياً مثلاً ولم يكونا من محلتهما فإن الخيار للمدعى عليه وهذا هو الظاهر وبه أفتيت مراراً كثيرة. ثم اعلم أنه سئل قارئ الهداية عن الدعوى بقطع النزاع بينه

«فغصبه منه الغريم» والظاهر أن المراد بالغريم الدائن لا المديون. والضمير في «غصبه» يعود إلى الغير السابق في كلامه أي لو غصب غير الدائن جنس الدين من المديون فغصبه منه الدائن الخ. تأمل قوله: **(كما في غصب البزازية)** قال الرملي: والذي في غصب البزازية: رفع عمامة مديونه عن رأسه حين تقاضاه الدين وقال لا أردها عليك حتى تقضي الدين فتلفت العمامة في يده تهلك هلاك الرهن بالدين. قال: هذا إنما يصح إذا أمكنه استردادها فتركها عنده، أما إذا عجز فتركها لعجزه ففيه نظر اهـ. وأنت خبير بأن ما هنا مشكل إذ يقتضي أن الزائد على الدين أمانة مع كونه غاصباً إذ ليس له أخذ غير جنس حقه فتأمل ذلك. وفي البزازية في الرهن: تقاضى دينه فلم يقضه فرفع العمامة عن رأسه وأعطاه منديلاً فلفه على رأسه فالعمامة رهن لأن الغريم بتركها عنده رضي بكونها رهناً. وفي تنوير الأبصار: أخذ عمامة المديون لتكون رهناً عنده لم تكن رهناً اهـ. وفي جامع الفصولين: أخذ عمامة مديون لتكون رهناً لم يجز أخذه، وهلكه كرهن وهذا ظاهر لو رضي المديون بتركه رهناً اهـ. والتوفيق بين هذه النقول ظاهر فتأمل والله تعالى أعلم قوله: **(وعلله في المحيط الخ)** قال الرملي: يعني عند أبي يوسف رحمه الله المدعي إذا ترك ترك فهو منشئ فيتخير إن شاء أنشأ الخصومة عند قاضي محلته، وإن شاء أنشأها عند محلة خصمه. ومحمد رحمه الله المدعى عليه دافع له والدافع يطلب سلامة نفسه والأصل براءة ذمته فأخذه إلى من يأباه لريبة ثبتت عنده وتهمة وقعت له ربما يوقعه في إثبات ما لم يكن ثابتاً في ذمته بالنظر إليه واعتباره أولى لأنه يريد الدفع عن نفسه وخصمه يريد أن يوجب عليه الأخذ بالمطالبة، ومن طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها تأمل قوله: **(وهذا هو الظاهر وبه أفتيت مراراً كثيرة)** رده العلامة المقدسي بأنه غير صحيح؛ أما أولاً فإن النسخ المشهورة من البزازية ليست على الإطلاق الذي ادعاه وبنى عليه فتواه، بل على ما قيده من أن كلاً من المتداعيين يطلب المحاكمة عند قاضي محلته، وعلى تقدير أن في نسخته إطلاقاً فهو محمول على التقييد المصرح به في العمادية والخانية وغيرهما، فإن الذي ولاه خصه بتلك البلدة أو بتلك المحلة ولهذا قال

....

وبين غيره فأجاب: لا يجبر المدعي على الدعوى لأن الحق له ا هـ. ولا يعارضه ما نقلوه في الفتاوى من صحة الدعوى بدفع التعرض وهي مسموعة كما في البزازية والخزانة، والفرق بينهما ظاهر فإنه في الأول إنما يدعي أنه إن كان له شيء عليه يدعيه وإلا يشهد على نفسه بالإبراء، وفي الثاني إنما يدعي عليه أنه يتعرض له في كذا بغير حق ويطالب بدفع التعرض فافهم ا هـ. ولا بد من بيان من يكون خصماً في الدعوى ليعلم المدعى عليه، وقد أغفله الشارحون وهو مما لا ينبغي فأقول في دعوى الخارج ملكاً مطلقاً في عين في يد مستأجر أو مستعير أو مرتهن فلا بد من حضرة المالك وذي اليد إلا إذا ادعى الشراء منه قبل الإجارة، فالمالك وحده يكون خصماً، وتشترط حضرة المزارع إن كان البذر منه أو كان الزرع نابتاً وإلا لا.

وفي دعوى الغصب عليه لا تشترط حضرة المالك، وفي البيع قبل التسليم لا بد في دعوى الاستحقاق والشفعة من حضرة البائع والمشتري، والمشتري فاسداً بعد القبض خصم لمن يدعي الملك فيه، وقبل القبض الخصم هو البائع وحده وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الكل، فالقضاء عليه قضاء على الكل وعلى الميت، وقيده في الجامع بكون الكل في يده وأن البعض في يده فبقدره والموصى له ليس بخصم في إثبات الدين إنما هو خصم في إثبات

في جامع الفصولين: اختصم غريبان عند قاضي ببلدة صح قضاؤه على سبيل التحكيم. أقول: ولا يحتاج إلى هذا لأن القضاة يفوض لهم الحكم على العموم في كل من هو في بلدهم أو قريتهم التي تولوا القضاء بها ولهذا قال في الفصول العمادية بعد ذكر المسألة مقيدة بما ذكرنا: وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلد فأراد العسكري أن يخاصمه إلى قاضي العسكر فهو على هذا، ولا ولاية لقاضي العسكر على غير الجندي اهـ. فهذا دليل واضح على أن المعتبر هو الولاية فالسلطان لما ولى قاضياً ببلدة أو محلة مخصوصة خصه بأهل تلك البلدة فليس له أن يحكم على غيرهم، ومعلوم أن قاضي مصر لما ولي لم يخص حكمه بأهل مصر بل بمن هو فيها من مصري وشامي وحلبي وغيرهم فينبغي التعويل على قول أبي يوسف لموافقته لتعريف المدعي والمدعى عليه، وإن ما ذكره المتأخر يعني العلامة زين لا وجه له. حموي عن المقدسي؛ كذا في حاشية أبي السعود. أقول: وحاصله أن ما ذكروه من تصحيح قول محمد بأن العبرة لمكان المدعى عليه إنما هو فيما إذا كان قاضيان كل منهما في محلة وقد أمر كل منهما بالحكم على أهل محلته فقط بدليل قول العمادي «ولا ولاية لقاضي العسكر على غير الجندي». أما إذا كان كل منهما مأذوناً بالحكم على أي من حضر عنده فينبغي تصحيح قول أبي يوسف لأن المدعي هو الذي له الخصومة فيطلبها عند أي قاضٍ أراد، ولا يخفى أن قضاة مصر والشام إذنهم عام وهذا كلام متجه. ونقل مثله في الدر المختار عن خط صاحب التنوير على هامش البزازية حيث قال: وهذا الخلاف فيما إذا كان كل قاضٍ على محلة على حدة، أما إذا كان في المصر حنفي وشافعي ومالكي وحنبلي في مجلس واحد والولاية واحدة فلا ينبغي أن يقع

. . . .

الوصاية أو الوكالة إلا إذا كان موصى له بما زاد على الثلث ولا وارث فهو كالوارث، واختلف المشايخ في إثبات الدين على من في يده مال الميت وليس بوارث ولا وصي ولا تسمع دعوى الدين على الميت على غريم الميت مديوناً أو دائناً. والخصم في إثبات النسب خمسة: الوارث، والوصي، والموصى له، والغريم للميت أو على الميت وقف على صغير له وصي ولرجل فيه دعوى يدعيه على متولي الوقف لا على الوصي لأن الوصي لا يلي القبض، ولا تشترط حضرة الصبي عند الدعوى عليه وتكفي حضرة وصيه ديناً أو عيناً، باشره الوصي أو لا، ولا يشترط حضرة العبد والأمة عند دعوى المولى أرشه ومهرها، ولو ادعى على صبي محجور عليه استهلاكاً أو غصباً وقال لي بينة حاضرة تسمع دعواه وتشترط حضرة الصبي مع أبيه أو وصيه وإلا نصب القاضي له وصياً. وتشترط حضرته عند الدعوى مدعياً أو مدعى عليه، والصحيح أنه لا تشترط حضرة الأطفال الرضع عند الدعوى. والمستأجر خصم لمن يدعي الإجارة في غيبة المالك على الأقرب إلى الصواب وليس بخصم على الصحيح لمن يدعي الإجارة أو الرهن أو الشراء، والمشتري خصم للكل كالموهوب له. وفي دعوى العين المرهونة تشترط حضرة الراهن والمرتهن وتصح الدعوى على الغاصب وإن لم تكن العين في يده فلذا كان للمستحق الدعوى على البائع وحده وإن كان المبيع في يد المشتري لكونه غاصباً، والمودع أو الغاصب إذا كان مقراً بالوديعة أو الغصب لا ينتصب خصماً للمشتري وينتصب خصماً لوارث المودع أو المغصوب منه، ومن اشترى شيئاً بالخيار فادعاه آخر يشترط حضرة البائع والمشتري والمشتري باطلاً لا يكون خصماً للمستحق، وإذا استحق المبع بالملك المطلق وقضى به فبرهن البائع على النتاج وبرهن على المشتري في غيبة المستحق ليدفع عنه الرجوع بالثمن اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه لا تشترط حضرته، ومنهم من قال: المختار اشتراطها.

الخلاف في إجابة المدعي لما أنه صاحب الحق اهـ. قلت: وذكر نحوه في المنح ولكن رده الرملي في حاشيته عليها وبالغ فيه حتى جعله بالهذيان أشبه ولم يأت لرده بوجه يقويه، والظاهر أنه لم يظهر له المراد وهو الذي ذكرناه في الحاصل فقال ما قال. وذكر شيخ مشايخنا السائحاني بعد كلام قال في قضاء البزازية: فوض قضاء ناحية إلى رجلين لا يملك أحدهما القضاء، ولو قلد رجلين على أن ينفرد كل منهما بالقضاء لا رواية فيه. وقال الإمام ظهير الدين: ينبغي أن يجوز لأن القاضي نائب السلطان ويملك التفرد اهـ. فتحصل أن الولاية لو لقاضيين فأكثر كل واحد. في محلة فتفرد القاضي صحيح والعبرة للمدعى عليه، وإن كانوا في محل واحد على السواء فقد سمعت أنه لا يملك أحدهم التفرد فلا فائدة في اختيار أحدهم، وإن أمر كل واحد بالتفرد جاز، وحينئذ فلا يظهر فرق بين كون كل واحد في محلة أو مجتمعين، فما فهمه صاحب التنوير ليس على إطلاقه بل على هذا التفصيل اهـ. وكان عليه أن يذكر بعد قوله جاز والعبرة للمدعي وقد اتضح المرام من هذه المسألة على أتم وجه ولله تعالى الحمد قوله: **(أو دائناً)** فائدته إثبات المخاصمه تأمل.

ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيئاً علم جنسه وقدره وإن كان عيناً في يد المدعى عليه

وأفتى السرخسي بالأول وهو الأظهر والأشبه الموصى له ينتصب خصماً للموصى له فيما في يده فإن لم يقبض ولكن قضى له بالثلث فخاصمه موصى له آخر فإن إلى القاضي الذي قضى له كان خصماً وإلا فلا. وإذا ادعى نكاح امرأة ولها زوج ظاهر يشترط حضرته لسماع الدعوى والبينة، ودعوى النكاح عليها بتزويج أبيها صحيحة بدون حضرة أبيها، ودعوى الواهب الرجوع في هبة العبد عليه صحيحة إن كان مأذوناً وإلا فلا بد من حضرة مولاه، والقول للواهب أنه مأذون ولا تقبل بينة العبد أنه محجور فإن غاب العبد لم تصح دعوى الرجوع على مولاه إن كانت العين في يد العبد وتمامه في خزانة المفتين.

قوله: **(ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيئاً علم جنسه وقدره)** لأن فائدتها الإلزام بواسطة إقامة الحجة والإلزام في المجهول لا يتحقق. ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب لما في الخانية معزياً إلى رهن الأصل: إذا شهدوا أنه رهن عنده ثوباً ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم والقول للمرتهن في أي ثوب كان وكذلك في الغصب ا هـ. فالدعوى بالأولى ولم أر اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغي اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق، ولو قال أشك أو أظن لم تصح الدعوى. ولم يشترط المصنف بيان السبب وفيه تفصيل؛ فإن كان المدعي ديناً لم يشترط وللقاضي أن يسأله عن سببه فإن لم يبين لم يجبر كما في الخانية: ولو كان المدعي مكيلاً فلا بد من ذكر سبب الوجوب لاختلاف الأحكام باختلاف الأسباب حتى إن من سلم يحتاج إلى مكان الإيفاء ويمنع الاستبدال قبل قبضه وثمنه المبيع بخلافه فيهما وإن من قرض لا يلزم التأجيل ا هـ. ثم قال: وفي دعوى اللحم لا بد من بيان السبب وكذا في دعوى الكعك ا هـ. وأشار المؤلف رحمه الله باشتراط معلومية الجنس والقدر إلى أنه لا بد من بيان الوزن في الموزونات، وفي دعوى وقررمان أو سفرجل لا بد من ذكر الوزن للتفاوت في الوقر، ويذكر أنه حلو أو حامض أو صغير أو كبير، وفي دعوى الكعك يذكر أنه من دقيق المغسول أو من غيره وما عليه من السمسم أنه أبيض أو أسود وقدر السمسم، وقيل لا حاجة إلى السمسم وقدره وصفته. وفي دعوى الأبريسم بسبب السلم لا حاجة إلى ذكر الشرائط، والمختار أنه لا بد من ذكر الشرائط، وفي القطن يشترط بيان أنه بخاري أو خوارزمي، وفي الحناء لا بد من بيان أنه مدقوق أو ورق، وفي الديباج إن سلماً يذكر الأوصاف والوزن، وإن عيناً لا حاجة إلى ذكر الوزن ويذكر

قوله: **(في هبة العبد)** أي في الهبة للعبد قوله: **(ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب)** أقول: وفي المعراج: وفساد الدعوى إما أن لا يكون لزمه شيء على الخصم أو يكون المدعي مجهولاً في نفسه ولا يعلم فيه خلاف إلا في الوصية بأن ادعى حقاً من وصية أو إقرار فإنهما يصحان بالمجهول وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اهـ. فبلغت المستثنيات خمسة تأمل

كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى وكذا في الشهادات والاستحلاف فإن تعذر ذكر

الأوصاف. ولا بد من ذكر النوع والوصف مع ذكر الجنس والقدر في المكيلات، ويذكر في السلم شرائطه من إعلام جنس رأس المال وغيره ونوعه وصفته وقدره بالوزن إن كان وزنياً وانتقاده بالمجلس حتى يصح، ولو قال بسبب بيع صحيح جرى بينهما صحت الدعوى بلا خلاف، وعلى هذا في كل سبب له شرائط كثيرة يكتفى بقوله بسبب كذا صحيح. وإن ادعى ذهباً أو فضة فلا بد من بيان جنسه ونوعه إن كان مضروباً كبخاري الضرب وصفته جيد أو وسط أو رديء إذا كان في البلد نقود مختلفة. وفي العمادي: إذا كان في البلد نقود وأحدها أروج لا تصح الدعوى ما لم يبين، وتمامه في البزازية وخزانة المفتين.

قوله: **(وإن كان عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى وكذا في الشهادات والاستحلاف)** لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها أو بعث أميناً، وفي المجتبى معزواً في مسألة الشاهدين: إذا شهدوا على سرقة بقرة واختلفا في لونها تقبل الشهادة خلافاً لهما، وهذه المسألة تدل على أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى، ولو شرط لأحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة في لونها ثم قال: وهذه المسألة الناس عنها غافلون اهـ. قلت: لا تدل لأنها إذا كانت غائبة لا يشترط إحضارها والقيمة كافية كما سيأتي فليتأمل. وفي جامع الفصولين: وفي دعوى إحضار المدعي مجلس الحكم لا بد أن يقول فواجب عليه إحضاره مجلس الحكم لأقيم البينة عليه إن كان جاحداً، ولا بد من ذكر هذه اللفظة في الدعوى لأن ذا اليد لو كان مقراً لا يلزم الإحضار لأنه يأخذ من المقر والأمر بالإحضار إنما يصح لو منكراً، أما لو كان

قوله: **(وعلى هذا في كل سبب له شرائط كثيرة)** قال الرملي: يجب بدل قوله كثيرة قليلة كما في البزازية وجامع الفصولين وغيرهما اهـ. قلت: وعبارة البزازية: ولو قال بسلم صحيح ولم يذكر الشرائط كان شمس الإسلام رحمه الله يفتي بالصحة وغيره لا لأن شرائطه مما لا يعرفه إلا الخواص ويختلف فيه بعضها. وفي المنتقى: لو قال ببيع صحيح يكفي. وعلى هذا كل ما له شرائط كثيرة لا يكفي فيه قوله بسبب صحيح، وإذا قلت الشرائط يكتفى به. أجاب شمس الإسلام فيمن قال كفل كفالة صحيحة أنه لا يصح كما في السلم لأن المسألة مختلف فيها فلعله صحيح على اعتقاده لا في الواقع ولا عند الحاكم، والحنفي يعتقد عدم صحة الكفالة بلا قبول فيقول كفل وقبل المكفول له في المجلس فيصح ويذكر في القرض وأقرضه منه مال نفسه لجواز أن يكون وكيلاً في الإقراض من غيره والوكيل سفير فيه فلا يملك الطلب، ويذكر أيضاً قبض المستقرض وصرفه إلى حوائجه ليكون ديناً بالإجماع فإن كونه ديناً عند الثاني موقوف على صرفه واستهلاكه وتمامه فيه قول المصنف: **(وإن كان عيناً في يد المدعى عليه كلف إحضارها)** قال في غاية البيان: ثم إذا حضر ذلك الشيء إلى مجلس

قيمتها وإن ادعى عقاراً ذكر حدوده وكفت ثلاثة وأسماء أصحابها ولا بد من ذكر الجد

مودعاً عنده لا يصح الأمر بإحضاره إذ الواجب فيه التخلية لا نقلها، فلو أنكر ذو اليد الإحضار يكون محقاً. ادعى عيناً في يده وأراد إحضاره مجلس الحكم فأنكر المدعى عليه كونه في يده فبرهن المدعي أنه كان بيد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة، هل يقبل ويجبر المدعى عليه على إحضاره بهذه البينة أم لا؟ كانت واقعة الفتوى وينبغي أن تقبل إذا ثبت في يده في الزمان الماضي ولم يثبت خروجه من يده فتبقى ولا تزول بشك ا هـ. أطلق في لزوم إحضارها وهو مقيد بما لا حمل له ولا مؤنة، أما ماله حمل ومؤنة فإن المدعى عليه لا يجبر على إحضاره، وتفسير الحمل والمؤنة بحال يحمل إلى مجلس القاضي بأجر لا مجاناً فهذا مما له حمل ومؤنة، وذكر بعده بورقتين أن ما لا يمكن حمله بيد واحدة فهو مما له حمل ومؤنة. وقيل: ما يحتاج في نقله إلى مؤنة كبر وشعير فهو مما له حمل ومؤنة لا ما لا يحتاج في نقله إلى المؤنة كمسك وزعفران قليل. وقيل: ما اختلف سعره في البلدان فهو مما له حمل ومؤنة لا ما اتفق ا هـ. ثم ذكر فيه مسائل فيما إذا وصف المدعي المدعى فلما حضر خالف في البعض، وحاصله أنه إن ترك الدعوى الأولى وادعى الحاضر تسمع لأنها مبتدأة وإلا فلا. وبما قررناه علم أن في كلام المصنف وغيره تساهلاً إذ في دعوى عين وديعة لا يكلف إحضارها إنما يكلف التخلية.

قوله: **(فإن تعذر ذكر قيمتها)** أي بهلاكها أو غيبتها فلا بد من ذكر قيمتها ليصير المدعى به معلوماً لأن العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين. وإنما قيدنا التعذر بالهلاك أو الغيبة لئلا يرد الرحى وصبرة الطعام ونحو ذلك مما يتعذر إحضاره مع بقائه فإن القاضي يبعث أمينه كما قدمناه، ولا يكتفي بذكر القيمة. وفي الدابة يخير القاضي إن شاء خرج وإن شاء بعث إليها من يسمع الدعوى والشهادة بحضرتها كما في جامع الفصولين وفيه: ادعى أعياناً مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة ولم

القاضي فشهدوا بأنه له ولم يشهدوا بأنه ملكه يجوز لأن اللام للتمليك، وكذلك إن شهدوا أن هذا ماله له أو شهدوا على إقرار المدعى عليه بأنه للمدعي وذلك لا إشكال فيه، إنما الإشكال فيما لو ادعى أنه أقر بهذا الشيء ولم يدع بأنه ملكي وأقام الشهود على ذلك هل يقبل. وهل يقضى بالملك؟ منهم من يقول نعم فقد ذكرنا أن الشهود لو شهدوا بأن هذا أقر بهذا الشيء له تقبل وإن لم يشهدوا بأنه ملكه وكذلك المدعي، وأكثرهم على أنه لا تصح الدعوى ما لم يقل أقر به وهو ملكي لأن الإقرار خبر والخبر يحتمل الصدق والكذب، فإذا كان كذباً لا يوجب والمدعي يقول أقر به لي يصير مدعياً بالملك والإقرار غير موجب له فلم توجد دعوى الملك فلهذا شرط قوله «وهو ملكي» بخلاف الشهادة لأن الثابت بها كالثابت بالمعاينة اهـ. ملخصاً قوله: **(إذا كانت غائبة)** الأظهر أن يقول هالكة قوله: **(وينبغي أن تقبل إذا ثبت في يده الخ)** قال في نور العين يقول الحقير: الظاهر أن قوله «ينبغي» لا

. . . .

يذكر قيمة كل عين على حدة اختلف فيه المشايخ فقيل لا بد من بيان التفصيل، وقيل يكتفى بالإجمال وهو الصحيح ا هـ. وفي السراجية: ادعى عبيداً يبين جنسهم وسنهم وصفتهم وحليتهم وقيمتهم وإن كان المدعي حاضراً كفت الإشارة، وظاهر كلام المصنف وغيره أن اشتراط ذكر القيمة إنما هو عند تعذر إحضار العين، أما قبل ظهور التعذر فلا قال في الخانية: إنما يشترط ذكر القيمة في الدعوى إذا كانت دعوى سرقة ليعلم أنها نصاب أو لا، فأما فيما سوى ذلك فلا حاجة إلى بيانها ا هـ. وأطلق في وجوب بيان القيمة عند التعذر واستثنوا منه دعوى الغصب والرهن ففي جامع الفصولين: لو ادعى عيناً غائباً لا يعرف مكانه بأن ادعى أنه غصب منه ثوباً أو قناً ولا يدري قيامه وهلاكه، فلو بين الجنس والصفة والقيمة تقبل دعواه، ولو لم يبين قيمته أشار في عامة الكتب إلى أنها تقبل فإنه ذكر في كتاب الرهن: لو ادعى أنه رهن عنده ثوباً وهو ينكر تسمع دعواه. وذكر في كتاب الغصب: ادعى أنه غصب منه أمة وبرهن تسمع وبعض مشايخنا قالوا: إنما تسمع دعواه إذا ذكر القيمة. وهذا تأويل ما ذكر في الكتاب أن الشهود شهدوا على إقرار المدعى عليه بالغصب فيثبت غصب القن بإقراره في حق الحبس والحكم جميعاً، وعامة المشايخ على أن هذه الدعوى والبينة تقبل ولكن في حق الحبس وإطلاق محمد في الكتاب يدل عليه. ومعنى الحبس أن يحبسه حتى يحضره ليعيد البينة على عينه فلو قال لا أقدر عليه حبس قدر ما لو قدر أحضره ثم يقضى عليه بقيمته ا هـ. والحاصل أنه في دعوى الغصب والرهن لا يشترط بيان الجنس والقيمة في صحة الدعوى والشهادة ويكون القول في القيمة للغاصب والمرتهن. ثم اعلم أنه

ينبغي لأن ما ذكره يسمى في علم الأصول استصحاباً وهو حجة في الدفع لا في الإثبات، ولا شك أن ما ذكر من قبيل الإثبات. قال صاحب التوضيح: ومن الحجج الفاسدة الاستصحاب وهو حجة عند الشافعي في كل ما يثبت وجوده بدليل ثم وقع الشك في بقائه، وعندنا حجة للدفع لا للإثبات إذ الدليل الموجب لا يدل على البقاء وهذا ظاهر قوله: **(وفي الدابة يخير القاضي الخ)** وقال في غاية البيان، فإن كان دابة ولا يقع بصر القاضي ولا يتأتى الإشارة من الشهود والمدعي وهي على باب المسجد يأمر بإدخالها فإنه جائز عند الحاجة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام طاف بالبيت على ناقته مع أن حرمة المسجد الحرام فوق حرمة سائر المساجد، وإن كان يقع بصر القاضي عليها فلا يدخلها لأنه لا يأمن ما يكون منها والحاجة منعدمة اهـ.

قوله: **(وفي السراجية ادعى عبيداً الخ)** الظاهر أنه مبني على القول الأول مقابل الصحيح تأمل قوله: **(قال في الخانية إنما يشترط ذكر القيمة الخ)** نقل بعض الفضلاء عن الشيخ عمر صاحب النهر أخي المؤلف: ينبغي أن يكون المعنى أنه إذا كانت العين حاضرة لا يشترط ذكر قيمتها إلا في دعوى السرقة اهـ. قلت: فكان الأولى للمؤلف أن يقول قبل عبارة الخانية «أما إذا كانت حاضرة فلا» بدل قوله «أما قبل ظهور التعذر فلا» قوله: **(ثم يقضى عليه بقيمته)** لم يبين الحكم فيما إذا لم يدر قيمته

....

إنما يكتفى بالقيمة عند التعذر فيما إذا ادعى العين، أما إذا ادعى قيمة شيء مستهلك فلا بد من بيان جنسه ونوعه. واختلفوا في بيان الذكورة والأنوثة في الدابة كما في الخزانة وجامع الفصولين. وفي البزازية: ودعوى قيمة الأعيان المشتركة لا تصح بلا بيان الأعيان لجواز أن يكون مثلياً ويطالب بالقيمة. وقال في النصاب: لا يحتاج إلى ذكر الأعيان لأن الظاهر المطالبة بالواجب فلا ترد الدعوى بالاحتمال. قال بعض المشايخ: لا بد أن يذكر أن القبض كان بغير إذن المالك أو بغير حق، وقيل لا حاجة إليه لإغناء الطلب عن ذلك ا هـ. ولم يفرق المؤلف بين دعوى عين وعين مع أن دعوى بعض الأعيان له شرط آخر. قال في البزازية: وفي دعوى الإيداع لا بد من بيان مكان الإيداع، سواء كان له حمل أو لا، وفي الغصب إن كان له حمل ومؤنة لا يصح بلا بيان المكان، وإن لم يكن له حمل يصح ا هـ.

قوله: **(وإن ادعى عقاراً ذكر حدوده)** لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التحديد، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة. وفي الملتقط: وإذا عرف الشهود الدار بعينها جاز وإن لم يذكروا حدودها ا هـ. أطلقه فشمل ما إذا كان العقار مشهوراً فلا بد من تحديده عنده خلافاً لهما؛ كذا في منية المفتي: ولم يشترط المؤلف لدعوى العقار غير التحديد وفي جامع الفصولين في دعوى العقار: لا بد أن يذكر بلدة فيها الدار ثم المحلة ثم السكة فيبدأ أولاً بذكر الكورة ثم المحلة اختياراً لقول محمد فإن مذهبه أن يبدأ أولاً بالأعم ثم بالأخص فالأخص. وقيل: يبدأ بالأخص ثم بالأعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا، وقاسه على النسب فيقال فلان ثم يقال ابن فلان ثم يذكر الجد فبدأ بما هو أقرب فيترقى إلى الأبعد، وقول محمد أحسن إذ العام يعرف بالخاص لا بالعكس وفصل النسب حجة عليه إذ الأعم اسمه فإن أحمد في الدنيا كثير فإن عرف وإلا ترقى إلى الأخص فيقول ابن محمد فإن عرف وإلا ترقى إلى الجد ا هـ. ثم قال: يكتب في الحد ثم ينتهي إلى كذا

أيضاً. وفي الدرر قال في الكافي: وإن لم يبين القيمة وقال غصبت مني عين كذا ولا أدري أهو هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته، ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعلم قيمة ما له فلو كلف بيان القيمة لتضرر به. أقول: فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين فليتأمل، فإن كلام الكافي لا يكون كافياً إلا بهذا التحقيق اهـ. وقوله «فائدتها توجه اليمين» أي حيث لا بينة وإلا ففائدتها الحبس كما علمت قوله: **(وإن لم يكن له حمل يصح)** قال في نور العين بعد هذه العبارة: وفي غصب غير المثلي وإهلاكه ينبغي أن يبين قيمته يوم غصبه في ظاهر الرواية، وفي رواية يتخير المالك أخذ قيمته يوم غصبه أو يوم هلاكه فلا بد من بيان أنها قيمة أي اليومين، ولو ادعى ألف دينار بسبب إهلاك الأعيان لا بد من أن يبين قيمتها في موضع الإهلاك، وكذا لا بد من بيان الأعيان فإن

. . . .

أو يلاصق كذا أو لزيق كذا ولا يكتب أحد حدوده كذا. وقال أبو حنيفة: لو كتب أحد حدوده دجلة أو الطريق أو المسجد فالبيع جائز ولا تدخل الحدود في البيع إذ قصد الناس به إظهار ما يقع عليه البيع لكن قال أبو يوسف: البيع فاسد إذ الحدود فيه تدخل في البيع فاخترنا ينتهي أو لزيق أو يلاصق تحرزاً عن الخلاف، ولأن الدار على قول من يقول يدخل الحد في البيع هي الموضع الذي ينتهي إليه فأما ذلك الموضع المنتهي إليه فقد جعل حداً وهو داخل في البيع، وعلى قول من يقول لا يدخل الحد في البيع فالمنتهي إلى الدار لا يدخل تحت البيع ولكن عند ذكر قولنا بحدوده يدخل في المبيع وفاقاً ا هـ. ثم قال: الطريق يصلح حداً ولا حاجة فيه إلى بيان طوله وعرضه إلا على قول فإنَّه شرط أن يبينها بالذرع، والنهر لا يصلح حداً عند البعض وكذا السور وهو رواية عن أبي حنيفة، وظاهر المذهب أنه يصلح حداً. والخندق كنهر ولو حد بأنه لزيق أرض فلان ولفلان في هذه القرية التي فيها المدعاة أراض كثيرة متفرقة مختلفة تصح الدعوى والشهادة ثم قال: لا بد من تحديد المستثنيات من المساجد والمقابر والحياض العامة لتتميز وما يكتبون في زماننا وقد عرف المتعاقدان جميع ذلك وأحاطا به علماً فقد استرذله بعض مشايخنا وهو المختار إذ المبيع لا يصير به معلوماً للقاضي عند الشهادة فلا بد من التعيين ا هـ. ثم قال: بين حدوده ولم يبين أنه كرم أو أرض أو دار وشهدا كذلك، وقيل لا تسمع الدعوى ولا الشهادة، وقيل تسمع ولو بين المصر والمحلة والموضع ثم قال: ادعى سكنى دار ونحوه وبين حدوده لا يصح إذ السكنى نقلي فلا يحد بشيء، وإن كان السكنى نقلياً لكن لما اتصل بالأرض اتصال تأبيد كان تعريفه بما به تعريف الأرض إذ في سائر النقليات إنما لا يعرف بالحدود لإمكان إحضاره فيستغني بالإشارة إليه عن الحد، أما السكنى فنقله لا يمكن لأنه مركب في البناء تركيب قرار فالتحق بما لا يمكن نقله أصلا. شرى علو بيت ليس له سفل يحد السفل لا العلو إذ السفل مبيع من وجه من حيث إن قرار العلو عليه فلا بد من تحديده وتحديده يغني عن تحديد العلو إذ العلو عرف بتحديد السفل ولأن السفل أصل والعلو تبع فتحديد الأصل أولى. هذا إذا لم يكن حول العلو حجرة، فلو كانت ينبغي أن يحد العلو لأنه هو المبيع فلا بد من إعلامه وهو بحده وقد أمكن ا هـ. وفي المصباح: العقار كسلام كل ملك ثابت له أصل كالدار والنخل، وربما أطلق على المتاع والجمع عقارات ا هـ. وفي المغرب: العقار الضيعة وقيل كل مال له أصل كالدار والضيعة ا هـ. وفي جامع الفصولين: ادعى

منها ما هو قيمي ومنها ما هو مثلي اهـ، وهذا ما ذكره المؤلف آنفاً عن البزازية قوله: **(ثم قال ادعى سكنى دار)** ضمير «قال» لصاحب جامع الفصولين، والمراد بالسكنى ما ركب في الأرض كما يظهر مما بعده. وقوله «إن كان السكنى نقلياً الخ» هذا قول آخر رمز له في جامع الفصولين (فش) بعلامة

. . . .

طاحونة وحدها وذكر أداواتها العامة إلا أنه لم يسم الأدوات ولم يذكر كيفيتها فقد قيل لا تصح الدعوى، وقيل تصح إذا ذكر جميع ما فيها من الأدوات القائمة والأول أصح ا هـ. وقد صرح مشايخنا في كتاب الشفعة بأن البناء والنخل من المنقولات وأنه لا شفعة فيهما إذا بيعا بلا عرصة فإن بيعا معها وجبت تبعاً وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى فيها. وقد غلط بعض العصريين فجعل النخيل من العقار وأفتى به ونبه فلم يرجع كعادته. وقيد بدعوى المحدود إذ لو ادعى ثمن محدود لم يشترط بيان حدوده؛ كذا في السراجية. وفي جامع الفصولين: ولو ادعى ثمن مبيع لم يقبض لا بد من إحضار المبيع مجلس الحكم حتى يثبت البيع عند القاضي بخلاف ما لو ادعى ثمن مبيع قبض فإنه لا يجب إحضاره لأنه دعوى الدين حقيقة ا هـ.

قوله: **(وكفت ثلاثة)** لوجود الأكثر خلافاً لزفر، وعند أبي يوسف يكتفى باثنين كما في الخانية، بخلاف ما إذا غلط في الرابع لأنه يختلف المدعى به ولا كذلك بتركه. وفي جامع الفصولين: وإنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد أني غلطت فيه، أما لو ادعاه المدعى عليه لا تسمع ولا تقبل بينته لأن دعوى غلط الشاهد من المدعى عليه إنما يكون بعد دعوى المدعي وجواب المدعى عليه والمدعي عليه حين أجاب المدعي فقد صدقه أن المدعي بهذه الحدود فيصير المدعي بدعوى الغلط مناقضاً بعده. أو نقول: تفسير دعوى الغلط في أحد الحدود أن يقول المدعى عليه أحد الحدود ليس ما ذكره الشاهد أو يقول صاحب الحد ليس بهذا بالاسم الذي ذكره الشاهد، وكل ذلك نفي والشهادة على النفي لا تقبل ا هـ.

فتاوى رشيد الدين قوله: **(وإنه لا شفعة فيهما الخ)** يحمل على ما إذا لم تكن الأرض محتكرة وإلا فالبناء بالأرض المحتكرة تثبت فيه الشفعة لأنه لما له من حق القرار التحق بالعقار كما سيأتي في الشفعة. أبو السعود قوله: **(وقد غلط بعض العصريين الخ)** سيذكر المؤلف قوله في شرح قول المتن «وقيل لخصمه أعطه كفيلاً الخ» عن الفتاوى الصغرى: لو طلب المدعي من القاضي وضع المنقول على يد عدل فإن كان المدعى عليه عدلاً لا يجيبه، وإن فاسقاً أجابه، وفي العقار لا يجيبه إلا في الشجر الذي عليه الثمر لأن الثمر نقلي اهـ. قال المؤلف. هناك: وظاهره أن الشجر من العقار وقدمنا خلافه. وفي حاشية أبي السعود هناك أقول: نقل الحموي عن المقدسي التصريح بأن الشجر عقار اهـ. قلت: ويؤيده كلام المصباح. نعم إذا قيل إنه عقار يبتنى عليه وجوب التحديد في الدعوى والشهادة وكيف يمكن ذلك في شجرة بستان بين أشجار كثيرة قوله: **(فيصير المدعي بدعوى الغلط مناقضاً بعده)** قال صاحب جامع الفصولين أقول: يمكن أن يجاب المدعي بأن هذا ليس لك فلا يكون حينئذ بدعوى الغلط بعده مناقضاً فينبغي أن يفصل، وأيضاً يمكن أن يغلط بمخالفته لتحديد المدعي فلا تناقض قوله: **(وكل ذلك نفي الخ)** قال صاحب جامع الفصولين أقول: لو قال بعض حدوده كذا لا ما ذكره الشاهد والمدعي ينبغي أن تقبل بينته عليه من حيث إثباته أن بعض حدوده كذا

إن لم يكن مشهوراً وأنه في يده ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما بل ببينة أو علم

وفي الملتقط قال الخصاف: إذا قضيت بثلاثة حدود أجعل الحد الرابع يمضي بإزاء الحد الثالث حتى يحاذي الحد الأول يعني على الاستقامة ا هـ. ثم قال: ولو شهد على دعوى أرض أنها خمسة مكاييل وأصاب في بيان حدودها وأخطأ في المقدار قبلت هذه الشهادة ا هـ. قوله: **(وأسماء أصحابها)** أي إن كان المدعي عقاراً ذكر أسماء أصحابها لأن التعريف يحصل بذلك وأسماء أنسابهم ليتميزوا عن غيرهم.

قوله: **(ولا بد من ذكر الجدان لم يكن مشهوراً)** لأن تمام التعريف به فإن كان مشهوراً اكتفى بذكره وقدمنا أنه لا يكتفى بشهرة الدار عن تحديدها عنده خلافاً لهما. أطلقه فشمل ما إذا كان الحد لزيق أرض وقف فلا بد من ذكر الواقف وحده، ولا بد أن يذكر المصرف وأن يذكر أنه في يد من، ولو قال على مسجد كذا يجوز ويكون كذكر الواقف. وقيل: لا. ولو

فينتفي ما ذكره المدعي ضمناً فيكون شهادة على الإثبات لا على النفي، ويدل عليه مسألة ذكرت في فصل التناقض أنه ادعى داراً محدودة فأجاب المدعى عليه أنه ملكي وفي يدي، ثم ادعى أن المدعي غلط في بعض حدوده لم يسمع لأن جوابه إقرار بأنه بهذه الحدود. وهذا إذا أجاب بأنه ملكي، أما لو أجاب بقوله ليس هذا ملكك ولم يزد عليه يمكن الدفع بعده بخطأ الحدود؛ كذا حكى عن (طه) أنه لقن المدعى عليه الدفع بخطأ الحدود. أقول: دل هذا على أن المدعى عليه لو برهن على الغلط يقبل فدل على ضعف الجوابين المذكورين، فالحق ما قلت من أنه ينبغي أن يكون على التفصيل والله تعالى أعلم اهـ. قال في نور العين: جميع ما ذكره المعترض في هذا البحث محل نظر كما لا يخفى على من تأمل وتدبر. قوله: **(ثم قال ولو شهد الخ)** أقول: عبارة جامع الفصولين: شهدا بملكية أرض وحداه وقالا هو بمقدار خمسة مكاييل بذر والمدعي يدعي ذلك وأصابوا في الحد لا المقدار فظهر أنه يسع فيه ثلاثة مكاييل بذر، قيل ترد وهو الأظهر والأشبه بالفقه، وقيل تقبل إذ بيان القدر لا يحتاج إليه فصار ذكره وعدمه سواء. ونص في السير الكبير أن ذكر الشاهد في شهادته ما لا يحتاج إليه للحكم بالمشهود به ولا ذكره سواء، وقيل لو شهد بحضرة الأرض وأشار إليه يقبل ويلغو ذكر الوصف وهو قدر البذر، ولو شهدا بغيبة الأرض لا تثبت بشهادتهما ملكية أرض يسع فيه خمسة مكاييل بذر. أقول: قد مر أن الوصف في الإشارة لغو في البيع والأثمان، أما في باب الشهادة لو شهدا بوصف فظهر خلافه لا يقبل الخ. وهذا يخالف القولين الأخيرين فظهر أن في باب الشهادة اختلافاً اهـ. قوله: **(أطلقه فشمل ما إذا كان الحد لزيق أرض وقف الخ)** عبارة جامع الفصولين: لو ذكر في الحد لزيق أرض الوقف لا يكفي، وينبغي أن يذكر أنها وقف على الفقراء أو على مسجد كذا ونحوه. أقول: ينبغي أن يكون هذا وما يتلوه من جنسه على تقدير عدم المعرفة إلا به وإلا فهو تضييق بلا ضرورة. (فش): جعلا أحد الحدود أرض الوقف على مصالح كذا ولم يذكرا أنه في يد من لا يصح، ولو ذكر أرض الوقف على مسجد كذا يجوز ويكون كذكر الواقف، وقيل لا يثبت

....

قال لزيق ملك ورثة فلان لا يكفي إذ الورثة مجهولون منهم ذو فرض ومنهم ذو رحم فجهلت فاحشة ألا ترى أن الشهادة بأن هذا وارث فلان لا تقبل لجهالته في الوارث، وقيل يصح. لو كتب لزيق أرض ورثة فلان قبل القسمة قيل يصح، وقيل لا. كتب لزيق دار من تركة فلان يصح حداً؛ كذا في جامع الفصولين. ثم قال: لو جعل أحد حدوده أرضاً لا يدري مالكها لا يكفي ما لم يقل هو في يد فلان حتى تحصل المعرفة، ولو جعل أحد الحدود أرض المملكة يصح ولو لم يذكر أنه في يد من لأن أرض المملكة في يد السلطان بواسطة يد نائبه المختار أنه لو ذكر اسم ذي اليد يكفي لو كان الحد أرضاً لا يدري مالكه ا هـ. وأشار المؤلف إلى أن ذكر الكنية بالأب أو الابن لا تكفي عن الجد إلا إذا كان مشهوراً كأبي حنيفة وابن أبي ليلى ا هـ. وفي البزازية من كتاب القاضي إلى القاضي أن التعريف بالحرفة لا يكفي عند الإمام، وعندهما إن كان معروفاً بالصناعة كفى، وإن نسبها إلى زوجها يكفي والمقصود الإعلام، ولو ذكر اسم المولى واسم أبيه لا غير ذكر السرخسي أنه لا يكفي، وذكر شيخ الإسلام أنه يكفي وبه يفتى لحصول التعريف بذكر ثلاثة العبد والمولى وأبوه ا هـ. وقياسه في بيان أسماء أصحاب الحدود أن يكون كذلك. وفي الملتقط: وربما لا يحصل إلا بذكر الجد وإذا لم يعرف جده لا يميز عن غيره إلا بذكر مواليه أو ذكر حرفته أو وطنه أو دكانه أو حليته فإن التمييز هو المقصود فليحصل بما قل أو كثر ا هـ. وأما حكم الشهادة بالمحدود ففي دعوى الخانية عن شمس الأئمة الحلواني أنه على ثلاثة أوجه في فصل دعوى الدور والأراضي فليراجع من أراده في شهادة الخزانة: رجل أشهد على ملك دار بعينها إلا أنه لا يعرف حدودها يجوز له أن يسأل الثقات عن حدودها للشهادة ولكن يشهد بالدار على إقراره ولا يشهد بذكر الحدود على إقراره حتى لا يكون كاذباً ا هـ. قوله: **(وأنه في يده)** أي وذكر المدعي أن المدعى به في يد المدعى عليه لأنه إنما يصير خصماً بكونه في يده فإن لم يكن في يده فلا خصومة بينهما. وإنما جعلت الضمير عائداً إلى المدعي الشامل للمنقول والعقار ولم أخصصه بالعقار كما فعل الشارح لكونه شرطاً فيهما، وفي المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق إذ الشيء قد يكون في يد غير المالك بحق كالرهن في يد المرتهن. وفي جامع الفصولين: غصبٌ قنا فبرهن آخر أنه له وقضى له به ثم برهن المغصوب منه على الغاصب أنه له لا تقبل إذ دعوى الملك لا تصح إلا على ذي اليد لكن لو ادعى على غير ذي اليد أنك غصبت مني تسمع دعواه في حق الضمان ألا ترى أن دعواه الضمان على الغاصب الأول تصح. وإن كان العين في يد غاصب الغاصب وفي دعوى غاصب نصف الدار شائعاً هل

التعريف بذكر الواقف ما لم يذكر أنه في يد من. (عده): لو كان الحد أرض الوقف لا بد أن يذكر المصرف قوله: **(لكن لو داعى على غير ذي اليد الخ)** أفاد أن اشتراط ذكر المدعي كون المدعى في يد

القاضي بخلاف المنقول وأنه يطالبه وإن كان ديناً ذكر وصفه وأنه يطالبه به فإذا صحت

يشترط أن يبين كون جميع الدار في يد المدعى عليه؟ قيل يشترط إذ غصب نصفه شائعاً لا يكون إلا بكون كله بيده، وقيل غصب نصفه شائعاً يتصور بأن تكون الدار بينهما فغصب من أحدهما يكون غصباً لنصفه شائعاً ا هـ. قيد بالدعوى لأنهم إذا شهدوا بمنقول أنه ملك المدعي تقبل وإن لم يشهدوا أنه في يد المدعى عليه بغير حق لأنهم لما شهدوا بالملك وملك الإنسان لا يكون في يد غيره إلا بعارض والبينة تكون على مدعي العارض ولا تكون على صاحب الأصل. وقال بعضهم: ما لم يشهدوا أنه في يد المدعى عليه بغير حق لا تقطع يد المدعى عليه والأول أصح، وفيما سوى العقار لا يشترط أن يشهدوا أنه في يد المدعى عليه لأن القاضي يراه في يده فلا حاجة إلى البيان؛ كذا في المحيط والخانية.

قوله: **(ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما بل ببينة أو علم القاضي بخلاف المنقول)** نفياً لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة. قيد بالدعوى لما في شهادات البزازية: شهدوا أنه ملكه ولم يقولوا في يده بغير حق يفتى بالقبول. قال الصدر الأجل الحلواني: اختلف فيه المشايخ والصحيح أنه لا يقبل لأنه إن لم يثبت أنه في يده بغير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم وبه كان يفتي أكثر المشايخ. وقيل: يقضى في المنقول ولا يقضى في العقار حتى يقولوا إنه في يده بغير حق والصحيح الذي عليه الفتوى أنه يقبل في حق القضاء بالملك لا في حق المطالبة بالتسليم حتى قالوا: لو سأل القاضي الشاهد أهو في يد المدعى عليه بغير حق فقال لا أدري يقبل على الملك؛ نص عليه في المحيط. وفي دعوى البزازية معزياً إلى الصغرى: ادعى على آخر ضيعة أنها له فأقر المدعى عليه أنها في يده وبرهن المدعي على أنها ملكه فحكم الحاكم بالملك له لا يصح ما لم يثبت اليد بالبينة أو يعلم الحاكم، وفيه قال المدعى عليه ليس العقار في يدي يحلفه حتى يقر فإذا أقر باليد يحلفه أنها ليست ملكه حتى يقر بالملك للمدعي، فإذا أقر له به يأمره بترك التعرض لكن إن أراد أن يبرهن أنها ملكه لا بد من تقديم البينة على أنها في يده لأن المالك قد يبعد عن العقار عادة فأمكن أن يتواضع اثنان ويقر أحدهما باليد ويبرهن الآخر عليه بالملك ويسامح في الشهود ثم يدفع المالك معللاً بحكم الحاكم وهذه التهمة في المنقول منتف لأن يد المالك لا تنقطع عن المنقول عادة بل يكون في يده فاندفع به ما قيل في شرح الوقاية تهمة المواضعة ثابتة في الموضعين على السواء فيقضى في المنقول بإقراره باليد كما صرح به جميع الكتب ا هـ. وهكذا في الخانية. وبه علم أن ثبوت اليد بالبينة أو العلم في العقار إنما هو لصحة القضاء بالملك

المدعى عليه في دعوى الملك دون دعوى الضمان، وكذا دون دعوى الشراء كما سينبه عليه قوله: **(فاندفع به ما قيل في شرح الوقاية)** أجاب في الدرر عن اعتراض الوقاية واعترضه محشوه، وللمحقق سعدى جلبي في حواشي الهداية تحقيق نفيس في هذا المحل فراجعه.

. . . .

بالبينة لا لصحة الدعوى كما هو ظاهر المتون ولو كان لها لم يحلف قبله كما لا يخفى. ثم ذكر في الخامس عشر من أنواع الدعاوى الدعوى في العقار: إنما يحتاج إلى إثبات يد المدعى عليه في العقار إذا ادعاه بالملك المطلق، أما إذا ادعى الشراء منه وإقراره بأنه في يده فأنكر الشراء وأقر بكونه في يده لا يحتاج إلى إعاد البينة على كونه في يده. والفرق أن دعوى الفعل كما تصح على ذي اليد تصح على غيره أيضاً فإنه يدعي علته التمليك والتملك وهو كما يتحقق من ذي اليد يتحقق من غيره أيضاً فعدم ثبوت اليد بالإقرار لا يمنع صحة الدعوى. أما دعوى الملك المطلق فدعوى ترك التعرض بإزالة اليد وطلب إزالتها لا يتصور إلا من صاحب اليد، وبإقراره لا يثبت كونه ذا يد لاحتمال المواضعة كما قررناه من قبل ا هـ. والحاصل أن اشتراط ثبوت اليد في العقار إنما هو في دعوى الملك المطلق، أما في دعوى الغصب والشراء فلا. وفي الخانية: فالحاصل أن دعوى الملك في العقار لا تسمع إلا على صاحب اليد، ودعوى اليد تقبل على غير صاحب اليد إذا كان ذلك الغير ينازعه في اليد فيجعل مدعياً لليد مقصوداً ومدعياً للملك تبعاً لملك اليد ا هـ. وقد ظهر بما ذكرناه. وأطلقه أصحاب المتون أنه يصح دعوى الملك المطلق في العقار بلا بيان سبب الملك. وفي دعوى البزازية من فصل التناقض: واعلم أن مشايخ فرغانة ذكروا أن الشرط في دعوى العقار في بلاد قدم بناؤها بيان السبب ولا تسمع فيه دعوى الملك المطلق لوجوه: الأول أن دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الأصل بسبب الخطة ومعلوم أن صاحب الخطة في مثل تلك البلاد غير موجود فيكون كذباً لا محالة فكيف يقضى به؟ والثاني أنه لما تعذر القضاء بالمطلق لما قلنا فلا بد من أن يقضى بالملك بسبب وذلك إما سبب مجهول أو معلوم، فالمجهول لا يمكن القضاء به للجهالة والمعلوم لعدم تعيين المدعي إياه. والثالث أن الاستحقاق لو فرض بسبب حادث يجوز أن يكون ذلك السبب شراء ذي اليد من آخر ثم يجوز أن يكون السبب سابقاً على تملك ذي اليد فيمنع الرجوع، ويجوز أن يكون لاحقاً فلا يمنع الرجوع فيشتبه، وكل هذه الرواية غير متحقق في المنقول لعدم المانع من الحمل على التملك من الأصل ا هـ. قوله: **(وأنه يطالبه)** أي وذكر المدعي أنه يطالب المدعى عليه بالمدعي لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه، ولأنه يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أو محبوساً بالثمن في يده وإنما يزول هذا الاحتمال بالمطالبة.

قوله: **(وإن كان ديناً ذكر وصفه)** لأنه لا بد من تعريفه وهو بالوصف: أطلقه فشمل

قوله: **(والحاصل أن اشتراط الخ)** وأقول: هذه المسألة تقع كثيراً ويغفل القضاة عنها في زماننا حيث لا يتعرضون إلى البينة على اليد مطلقاً فلذا نظمتها بقولي:

واليد لا تثبت في العقار	مع التصادق فلا تماري
فيلزم البرهان ما لم يدع	عليه غصباً أو شراء مدعي

....

المكيل والموزون نقداً وغيره، وقدمنا أنه في دعوى المثليات لا بد أن يذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب ولذا قال في الخزانة: وإذا ادعى عليه عشرة أقفزة حنطة ديناً عليه ولم يذكر بأي سبب لا تسمع ولا بد من بيان السبب لأنها إذا كانت بسبب السلم فإنما يكون له حق المطالبة في الموضع الذي عيناه، وإن كانت بسبب القرض أو بسبب كونها ثمن المبيع يتعين مكان القرض والبيع مكان الإيفاء، وإن كانت بسبب الغصب والاستهلاك فيكون له حق المطالبة لتسليم الحنطة في مكان الغصب والاستهلاك اهـ. وفيها: وفي دعوى القرض يذكر أن المقرض أقرضه كذا من مال نفسه لجواز ن يكون وكيلاً بالإقراض والوكيل بالإقراض سفير ومعير لا يطالب بالأداء، ويذكر أيضاً وصرف المستقرض ذلك إلى حاجة نفسه ليصير ذلك ديناً عليه إجماعاً لأن عند أبي يوسف المستقرض لا يصير ديناً في ذمة المستقرض إلا بصرفه في حوائج نفسه، وفي القرض لا يشترط بيان مكان الإيفاء ويتعين مكان العقد اهـ. وأما الدعوى بسبب الإقرار في العين والدين فالمفتى به عند المشايخ أنها إن كانت في طرف الاستحقاق لا تسمع. وإن في طرف الدفع تسمع والبيان مع التمام في البزازية والخزانة قوله: **(وأنه يطالبه به)** لما قلنا ولأن صاحب الذمة في حضر فلم يبق إلا المطالبة هكذا جزم به في المتون والشروح. وليس المراد لفظ وأطالبه به بل هو أو ما يفيده من قوله مرة ليعطني حقي كما في العمدة، وأما أصحاب الفتاوى كما في الخلاصة والبزازية فجعلوا اشتراطه قولاً ضعيفاً. قال في الخلاصة: رجل ادعى على آخر عشرة دراهم عند القاضي وقال لي عليه عشرة دراهم ولم يزد على هذا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: الدعوى صحيحة. وقال بعضهم لا يصح ما لم يقل مرة ليعطني حقي، هذا في النوازل. قال أبو نصر: الصحيح أنه تسمع الدعوى اهـ. ومثله في البزازية ولم أر أحداً نبه عليه. ثم اعلم في كلام أصحاب المتون والشروح في الدعوى قصوراً فإنهم لم يبينوا بقية شرائط دعوى الدين ولم يذكروا دعوى العقد؛ أما الأول ففي دعوى البضاعة والوديعة بسبب الموت مجهلاً لا بد أن يبين قيمته يوم موته إذ الواجب عليه قيمته يوم موته، وفي دعوى مال المضاربة بموت المضارب مجهلاً لا بد من ذكر أن مال المضاربة يوم موته نقد أو عرض لأنه لو عرضاً فله ولاية دعوى قيمة العرض، وفي دعوى مال الشركة بموته مجهلاً لا بد من ذكر أنه مات مجهلاً لمال الشركة أم للمشتري بمال الشركة إذ مال الشركة مضمون بالمثل والمشتري بمال الشركة مضمون بالقيمة، ولو ادعى مالاً بكفالة لا بد من بيان المال أنه بأي سبب لجواز بطلانها إذ الكفالة بنفقة المرأة إذا لم تذكر مدة معلومة لا تصح إلا أن يقول ما عشت أو ما دمت في نكاحه والكفالة بمال الكتابة لا تصح، وكذا بالدية على العاقلة، ولا بد أن يقول وأجاز المكفول له الكفالة في

قوله: **(وفي دعوى السعاية)** أي السعاية به إلى الحاكم.

الدعوى سأل المدعى عليه عنها فإن أقر أو أنكر فبرهن المدعي قضى عليه وإلا حلف

مجلس الكفالة حتى لو قال في مجلسه لم يجز. ولو ادعت امرأة مالاً على ورثة الزوج لم يصح ما لم تبين السبب لجواز أن يكون دين النفقة وهي تسقط بموته، وفي دعوى الدين على الميت لو كتب توفي بلا أدائه وخلف من التركة بيد هذا الوارث ما يفي تسمع هذه الدعوى وإن لم يبين أعيان التركة وبه يفتى لكن إنما يأمر القاضي الوارث بأداء الدين لو ثبت وصول التركة إليه، ولو أنكر وصولها إليه لا يمكن إثباته إلا بعد بيان أعيان التركة في يده بما يحصل به الإعلام. ولو ادعى الدين بسبب الوراثة لا بد من بيان كل ورثته، وفي دعوى السعاية لا يجب ذكر قابض المال ولكن في محضر دعواها لا بد أن يفسر السعاية لننظر أنه هل يجب الضمان عليه لجواز أنه سعى بحق فلا يضمن. ولو ادعى الضمان على الآمر أنه أمر فلاناً وأخذ منه كذا تصح الدعوى على الآمر لو سلطاناً وإلا فلا، وأما دعوى العقد من بيع وإجارة ووصية وغيرها من أسباب الملك لا بد من بيان الطوع والرغبة بأن يقول باع منه طائعاً وراغباً في حال نفاذ تصرفه لاحتمال الإكراه. وفي ذكر التخارج والصلح من التركة لا بد من بيان أنواع التركة وتحديد العقار وبيان قيمة كل نوع ليعلم أن الصلح لم يقع على أزيد من قيمة نصيبه لأنهم لو استهلكوا التركة ثم صالحوا المدعي على أزيد من نصيبه لم يجز عندهم كما في الغصب، وفي دعوى البيع مكرهاً لا حاجة إلى تعيين المكره؛ هذا ما حررته من كلامهم.

قوله: **(فإذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها)** لينكشف وجه الحكم ومفهومه أنها إذا لم تصح لا يسأله القاضي عنها لعدم وجوب الجواب عليه لها بخلاف الصحيحة فإنه يجب عليه جوابها، وظاهره أن القاضي يسأله وإن لم يطلب المدعي. وفي السراجية: إذا حضر الخصمان لا بأس أن يقول ما لكما وإن شاء سكت حتى يبتدآه بالكلام وإذا تكلم المدعي يسكت الآخر ويسمع مقالته فإذا فرغ يقول للمدعى عليه بطلب المدعي ماذا تقول، وقيل إن المدعي إذا كان جاهلاً فإن القاضي يسأل المدعى عليه بدون طلب المدعي اهـ. وفي شهادات الخزانة: يجوز للقاضي أن يأمر رجلاً يعلم المدعي الدعوى والخصومة إذا كان لا يقدر عليها ولا يحسنها اهـ. وفي القنية: ليس للقاضي أن يمنع ذا اليد عن التصرف في الضيعة بالدعوى وطلب المدعي ذلك اهـ. وسيأتي قوله: **(فإن أقر أو أنكر فبرهن المدعي قضى عليه)** لوجود الحجة الملزمة للقضاء. وفي المعراج: ولفظ القضاء في الإقرار مجاز للزومه بإقراره فلا حاجة إلى القضاء لكونه حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء فكان الحكم إلزاماً للخروج عن موجبه بخلاف البينة فإن الشهادة خبر محتمل وبالقضاء يصير حجة ويسقط احتمال الكذب اهـ. ولم يشترط المؤلف رحمه الله تعالى طلب الخصم القضاء بعد الحجة لما في البزازية: ويعلم المدعى عليه أنه يريد القضاء وهذا أدب غير لازم وكذا قول القاضي أحكم أدب غير لازم اهـ.

. . . .

وظاهر ما في الكتاب أن القاضي لا يمهل المدعى عليه إذا استمهله وليس بشيء ففي البزازية: ويمهله ثلاثة أيام إن قال المطلوب لي دفع، وإنما يمهله هذه المدة لأنهم كانوا يجلسون في كل ثلاثة أيام أو جمعة، فإن كان يجلس في كل يوم ومع هذا يمهله ثلاثة أيام جاز فإن مضت المدة ولم يأت بالدفع حكم اهـ. ولذا كتبنا في الفوائد: لا يجوز للقاضي تأخير الحكم بعد وجود شرائطه إلا في ثلاث، وظاهر ما في الكتاب أن البينة لا تقام إلا على منكر فلا تقام على مقر، وكتبنا في فوائد كتاب القضاء أنها تقام على المقر في وارث مقر بدين على الميت فتقام عليه للتعدي، وفي مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصي، وفي مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل. ثم زدت الآن رابعاً من جامع الفصولين من فصل الاستحقاق قال: المرجوع عليه عند الاستحقاق لو أقر بالاستحقاق ومع ذلك برهن الراجع على الاستحقاق كان له أن يرجع على بائعه إذ الحكم وقع ببينة لا بإقرار لأنه محتاج إلى أن يثبت عليه الاستحقاق ليمكنه الرجوع على بائعه وفيه: لو برهن المدعي ثم أقر المدعى عليه بالملك له يقضى له بإقرار لا ببينة إذ البينة إنما تقبل على المنكر لا على المقر اهـ. وقال في موضع آخر: هذا يدل على جواز إقامتها مع الإقرار في كل موضع يتوقع الضرر من غير المقر لولاها فيكون هذا أصلاً اهـ. ولم يذكر المؤلف حكم ما إذا سكت عن الجواب وفي الخلاصة معزياً إلى الأقضية: رجل ادعى على آخر مالاً فلزم السكوت فلم يجب أصلاً يؤخذ منه كفيل ثم سأل جيرانه عسى به آفة في لسانه أو سمعه، فإن أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم، فإن سكت ولم يجب ينزله منكراً. قال الإمام السرخسي: هذا قولهما، أما عند أبي يوسف فيحبس إلى أن يجيب اهـ. وفي روضة الفقهاء: لو سكت عن الجواب لا يكون منكراً بلا خلاف اهـ. والفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء كما في القنية والبزازية فلذا أفتيت بأن يحبس إلى أن يجيب. وفي المجمع: ولو قال لا أقر ولا أنكر فالقاضي لا يستحلفه. قال الشارح: بل يحبس عند أبي حنيفة حتى يقر أو ينكر. وقالا: يستحلف. وفي البدائع: الأشبه أنه إنكار اهـ. وهو تصحيح لقولهما كما لا يخفى فإن الأشبه من ألفاظ التصحيح كما في البزازية. ثم اعلم أن الساكت لا تقام عليه البينة إلا فيما إذا وكله بالخصومة غير جائز الإقرار والإنكار كما قدمناه في الوكالة بالخصومة.

قوله: **(وإلا حلف بطلبه)** أي وإن لم يكن للمدعي بينة حلف القاضي المدعى عليه بطلب المدعي لقوله عليه السلام للمدعي: ألك بينة؟ فقال: لا. فقال: لك يمينه. سأل ورتب اليمين على فقدان البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف، ولا بد من طلبه اليمين لأن اليمين حقه. قيد بتحليف القاضي لأن المدعى عليه لو حلف بطلب المدعي يمينه بين يدي القاضي من غير استحلاف القاضي فهذا ليس بتحليف لأن التحليف حق القاضي؛ كذا

قوله: **(إن برهن الخ)** فيه تأمل فإنه عند دعواه الإبراء صار مدعياً قوله: **(بخلاف دعوى**

. . . .

في الخلاصة. ولو اصطلحا على أن يحلف عند غير القاضي ويكون بريأ فهو باطل، فلو برهن عليه يقبل وإلا يحلف ثانياً عند القاضي؛ كذا في البزازية. وأشار إلى أن إبراء المدعي عن التحليف غير صحيح لكونه حق القاضي كما في البزازية أيضاً. وفي منية المفتي: حلفه في مجلس قاض ليس له أن يحلفه ثانياً، ولو حلفه عند قوم له أن يحلفه ثانياً عند القاضي، ولو قال المدعى عليه حين أراد القاضي تحليفه إنه حلفني على هذا المال عند قاضٍ آخر أو أبرأني عنه إن برهن قبل واندفع عنه الدعوى وإلا قال الإمام البزدوي: انقلب المدعي مدعى عليه، فإن نكل اندفع الدعوى. وإن حلف لزم المال لأن دعوى الإبراء عن المال إقرار بوجوب المال عليه بخلاف دعوى الإبراء عن دعوى المال؛ كذا في البزازية. ثم اعلم أنه لا تحليف إلا بعد طلب المدعي عندهما في جميع الدعاوى، وعند أبي يوسف يستحلف بلا طلب في أربعة مواضع: في الرد بالعيب يحلف المشتري بالله ما رضيت بالعيب، والشفيع بالله ما أبطلت شفعتك، والمرأة إذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما خلف لك زوجك الغائب شيئاً ولا أعطاك النفقة، والرابع يحلف المستحق بالله ما بعت. وهذا بناء على جواز تلقين الشاهد، وأجمعوا على أن من ادعى ديناً على الميت يحلفه القاضي بلا طلب الوصي والوارث بالله ما استوفيت من المديون ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبضه لك قابض بأمرك ولا أبرأته منه ولا شيئاً منه ولا أحلت بشيء من ذلك أحداً ولا عندك به ولا بشيء منه رهن؛ كذا في البزازية. وظاهر كلام المؤلف أنه لا يحلف مع وجود البرهان قلت إلا في مسائل: الأولى تحليف مدعي الدين على الميت إذا برهن فإنه يحلف كما وصفنا وهي في الخلاصة. ولا خصوصية لدعوى الدين بل في كل موضع يدعي حقاً في التركة وأثبته بالبينة فإنه يحلف من غير خصم أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى؛ كذا في الولوالجية. ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف، وينبغي أن يحلف احتياطاً. الثانية المستحق للمبيع بالبينة للمستحق عليه تحليفه بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرجت العين عن ملكه بوجه من الوجوه كما في جامع الفصولين من فصل الاستحقاق. الثالثة يحلف مدعي الآبق مع البينة بالله أنه باق على ملكك إلى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة كما في إباق فتح القدير. وفي منية المفتي: الصبي العاقل المأذون له يستحلف ويقضى عليه بنكوله، ولا يستحلف الأب في مال الصبي ولا الوصي في مال اليتيم والمتولي في مال الوقف. وتحليف الأخرس أن يقال له عليك عهد الله وميثاقه أنه كان كذا فيشير

الإبراء عن دعوى المال) سيأتي بيانها قريباً عند قوله «وقضى له إن نكل مرة».

قوله: **(وأثبته بالبينة)** قال الرملي: قيد به لأنه لو أقر به الوارث أو نكل عن اليمين المتوجهة عليه لا يحلف كما يعلم من مسألة إقرار الورثة بالدين، وكما يعلم مما قدمه في المقولة قبل هذه من

بطلبه ولا ترد يمين على مدع ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أحق

بنعم. ادعى على آخر ديناً مؤجلاً فأنكر لا يحلف في أظهر القولين. ادعى على عبد محجور حقاً يؤاخذ به بعد العتق فإن أنكر يحلف اهـ. وفي خزانة المفتين: من عليه دين مؤجل وأراد أن يحلفه عند القاضي ينبغي للمدعى عليه أن يسأل القاضي أن المدعي يدعي نسيئة أم حالة، فإن قال حالة يحلف بالله ما له على هذه الدراهم التي يدعيها ويسعه ذلك اهـ. وفي المحيط: ذكر محمد في الاستحلاف لو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب ما أدري ما قيمته ولكن علمت أن قيمته لم تكن مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه ويجبر على البيان لأنه أقر بقيمة مجهولة، فإذا لم يبين يحلف على ما يدعي المغصوب منه في الزيادة، فإن حلف يحلف المغصوب منه أيضاً أن قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب مائة، فإذا أخذ ثم ظهر الثوب فالغاصب بالخيار إن شاء رضي بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه، وإن شاء رد الثوب وأخذ القيمة، وهذه من خواص هذا الكتاب وغرائب مسائله فيجب حفظها اهـ. بلفظه.

قوله: **(ولا ترد يمين على مدع)** لقوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء. وفي البزازية: برهن على دعواه فطلب من القاضي أن يحلف المدعي أنه محق في الدعوى أو على أن الشهود صادقون أو محقون في الشهادة لا يجيبه. قال علامة خوارزم: الخصم لا يحلف مرتين فكيف الشاهد فإن قول الشاهد أشهد يمين لأن لفظ «أشهد» عندنا وإن لم يقل بالله يمين فإذا طلب منه الشهادة في مجلس القضاء فقال أشهد فقد حلف ولا يكرر اليمين لأنا أمرنا بإكرام الشهود. وفي التحليف تعطيل الحقوق، وأن الشاهد إذا علم أن القاضي يحلفه بالمنسوخ له الامتناع عن أداء الشهادة لأنه لا يلزم عليه، ومن أقدم على الشهادة الباطلة يقدم على الحلف أيضاً غالباً لترويج الباطل، وإذا لم يحلف ورد شهادته فقد ظلم بخلاف اليمين في باب اللعان لأن كلمات اللعان جارية مجرى الحد فناسب التغليظ اهـ. وفي

كون الإقرار حجة بنفسه بخلاف البينة تأمل. لكن ذكر في خزانة أبي الليث خمسة نفر جائز للقاضي تحليفهم ثم قال: ورجل ادعى ديناً في التركة يحلفه القاضي بالله العظيم جل ذكره ما قبضته اهـ. فهذا مطلق وما هنا مقيد بما إذا أثبته بالبينة، وتعليلهم بأنه حق الميت ربما يعكر على ما تقدم وقد يقال: التركة ملكهم خصوصاً عند عدم دين على الميت وقد صادق إقرارهم ملكهم فأنى يرد بخلاف البينة فإنها حجة قائمة من غيرهم عليهم فيحتاط فيها، وأما الإقرار فهو حجة منهم على أنفسهم فلا يتوقف على شيء آخر. وأقول: ينبغي أن يحلفه القاضي مع الإقرار فيما إذا كان في التركة دين مستغرق لعدم صحة إقرارهم فيها والحال هذه فيحلفه القاضي بطلب الغرماء إذا أقام بينة وبغير طلبهم لكن إذا صدقوه شاركهم لأنهم أقروا بأن هذا الشيء الذي هو بينهم خاص بهم لهذا فيه شركة معنا بقدر دينه

وقضى له إن نكل مرة بلا أحلف أو سكت وعرض اليمين ثلاثاً ندباً ولا يستحلف في

الواقعات الحسامية قبيل الرهن وعن محمد: من قال لآخر لي عليك ألف درهم فقال له الآخر إن حلفت أنها لك علي أديتها إليك فحلف فأداها إليه المدعى عليه إن كان أداها إليه على الشرط الذي شرطا فهو باطل، وللمؤدي أن يرجع فيما أدى لأن ذلك الشرط باطل لأنه على خلاف حكم الشرع لأن حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعي اهـ. وفي القنية: لو أن ذا اليد طلب من القاضي استحلاف المدعي ما تعلم أني بنيت بناء هذه الدار لا يجيبه القاضي اهـ. قوله: **(ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أحق)** وقال الشافعي: يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور فصار كالنتاج والنكاح وذي الملك مع الإعتاق والاستيلاد أو التدبير. ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً وإظهاراً لأن قدر ما أثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه، وكذا على الإعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها. قيد بالملك المطلق لما سيأتي وأطلقه وهو مقيد بما إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخ الخارج مساوٍ أو أسبق، أما إذا كان تاريخ ذي اليد أسبق فإنه يقضى له كما سيأتي في الكتاب بخلاف ما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الشراء من فلان وبرهنا أورخا وتاريخ ذي اليد أسبق فإنه يقضى للخارج كما في الظهيرية.

قوله: **(وقضى له إن نكل مرة بلا أحلف أو سكت)** لأن النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب دفعاً للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب، ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه. واللام في «له» بمعنى «على» أي قضى القاضي على المدعى عليه والسكوت لغير آفة دلالة النكول، وذكر الشارح من باب التحالف أن النكول لا يوجب شيئاً إلا إذا اتصل القضاء به وبدونه لا يوجب شيئاً، أما على اعتبار البدل فظاهر، وأما على اعتبار أنه إقرار فلأنه إقرار فيه شبهة البدل فلا يكون موجباً بانفراده اهـ. وذكر بعده أن المكاتب إذا نكل لا يلزمه شيء ليتمكنه من الفسخ بالتعجيز اهـ. أي إذا نكل عن دعوى السيد

تأمل قوله: **(فإنه يحلفه من غير خصم)** قال الرملي: بل وإن أبي الخصم كما صرح به في البزازية معللاً بأنه حق الميت قوله: **(وينبغي أن يحلف احتياطاً)** قال الرملي: ينبغي أن لا يتردد في التحليف أخذاً من قولهم الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، وإذا كان كذلك فهو قد ادعى حقاً للميت اهـ؛ذكره الغزي. وأقول: ينبغي أن يقال بدل اللام «على» كما هو ظاهر وأقول: قد يقال إنما يحلف في مسألة مدعي الدين على الميت احتياطاً لاحتمال أنهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفى في باطن الأمر، وأما في مسألة دفع الدين فقد شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى الاحتمال المذكور فكيف يقال ينبغي أن لا يتردد في التحليف تأمل قوله: **(فكيف الشاهد)** ظاهره أن التحليف للشاهد وظاهر ما قبله أن التحليف للمدعي على صدق الشاهد تأمل قوله: **(ولا وجه لرد اليمين)** أي على المدعي وقوله «لما قدمناه» إشارة لقوله «ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام «البينة على المدعي» الخ.

. . . .

الكتابة وذكر هنا ولا بد أن يكون النكول في مجلس القاضي، وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه خلاف اهـ. ولم يبين الفور بماذا يكون. ولو قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف لا يلتفت إليه ولا يبطل القضاء؛ كذا في الخانية. وفيها: ولو أن المدعى عليه بعد ما عرض عليه اليمين مرتين استمهله ثلاثة أيام ثم مضت وقال لا أحلف فإن القاضي لا يقضي عليه حتى ينكل ثلاثاً ويستقبل عليه اليمين ثلاثاً ولا يعتبر نكوله قبل الاستمهال اهـ. ثم اعلم أنه قد ظهر من كلام المؤلف أن طرق القضاء ثلاثة: بينة وإقرار ونكول. وصرحوا بأن منها علم القاضي بشيء ينفذ القضاء في غير الحدود. وأما القصاص فله القضاء به بعلمه كما في الخلاصة، وتركه المصنف للاختلاف، وظاهر ما في جامع الفصولين أن الفتوى على أن القاضي لا يقضي بعلمه لفساد قضاة الزمان، وسيأتي أن القسامة من طرق القضاء بالدية فهي خمس، وزاد ابن الغرس سادساً لم أره إلى الآن لغيره فقال: والحجة إما البينة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضي بما يريد أن يحكم به أو القرائن الدالة على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصيره في حيز المقطوع به فقد قالوا: لو ظهر إنسان من دار ومعه سكين في يده وهو متلوث بالدماء سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار في ذلك الوقت على الفور فوجدوا بها إنساناً مذبوحاً لذلك الحين وهو متضمخ بدمائه ولم يكن في الدار غير ذلك الرجل الذي وجد بتلك الصفة وهو خارج من الدار أنه يؤخذ به إذ لا يمتري أحد في أنه قاتله، والقول بأنه ذبح نفسه أو أن غير ذلك الرجل قتله ثم تسور الحائط فذهب إلى غير ذلك احتمال بعيد لا يلتفت إليه إذ لم ينشأ عن دليل اهـ. قيدنا السكوت لغير آفة لأن سكوته لخرس أو طرش عذر، كذا في الاختيار. ثم اعلم أن القضاء بالنكول لا يمنع المقضى عليه من إقامة البينة بما يبطله لما في الخانية من باب ما يبطل دعوى المدعي: رجل

كفاية قوله: (**إن النكول لا يوجب شيئاً إلا إذا اتصل القضاء به**) أما الإقرار فهو حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء ولفظ فيه مجاز كما تقدم نقله عن المعراج عند قوله «فإن أقر أو أنكر الخ» قوله: (**ولم يبين الفور بماذا يكون**) قال بعض الفضلاء: هو ظاهر وهو أن يقضي عقبه من غير تراخ قبل تكراره أو بعده على القولين قوله: (**وصرحوا بأن منها علم القاضي الخ**) قال الرملي: أي علمه الحادث بعد تقليده القضاء فلا يقضي إلا بعلمه المتقدم عليه قوله: (**لم أره إلى الآن لغيره**) صريح قول ابن الغرس فقد قالوا إنه منقول عنهم لا أنه قاله من عند نفسه، وعدم رؤيه المؤلف له لا تقتضي عدم وجوده في كلامهم والمثبت مقدم لكن في حاشية الرملي على المنح: ولا شك في أن ما زاده ابن الغرس غريب خارج عن الجادة فلا ينبغي التعويل عليه ما لم يعضده نقل من كتاب معتمد فلا تغتر به والله تعالى أعلم قوله: (**ثم اعلم أن القضاء بالنكول لا يمنع المقضى عليه من إقامة البينة**) عبارته في الأشباه: وتسمع الدعوى بعد القضاء بالنكول كما في الخانية. قال محشيها الحموي في الخانية في

....

اشترى من رجل عبداً فوجد به عيباً فخاصم البائع فأنكر البائع أن يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضي عليه وألزمه العبد ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت إليه من هذا العيب وأقام البينة قبلت بينته اهـ. وفي البزازية: إذا شك فيما يدعي عليه ينبغي أن يرضى خصمه ولا يحلف احترازاً عن الوقوع في الحرام، وإن أبى خصمه إلا حلفه إن أكبر رأيه إن المدعي محق لا يحلفه، وإن أنه مبطل ساغ له الحلف. ادعى عليه عند القاضي مالاً فلم يقر ولم ينكر وقال أبرأني المدعي عن هذه الدعوى وعن حلفه ينظر؛ إن كان المدعي برهن على دعواه حلف هو على عدم الإبراء، وإن لم يكن له بينة يحلف المدعى عليه عند المتقدمين، وخالفهم بعض المتأخرين، وقول المتقدمين أحسن. وإذا قال المدعى عليه بعد الإنكار أبرأني المدعي وطلب حلفه على عدم الإبراء يحلف المدعى عليه أولاً، فإن نكل يحلف المدعي؛ ذكرهما الفضلي اهـ.

ثم اعلم أن حكم أداء اليمين انقطاع الخصومة للحال موقتاً إلى غاية إحضار البينة عند العامة، وقيل انقطاعها مطلقاً، فلو أقام المدعي البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت عند العامة لا عند البعض، والصحيح قول العامة لأن البينة هي الحجة في الأصل، فأما اليمين فكالخلف عن البينة لأنها كلام الخصم صير إليها للضرورة فإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف كأنه لم يوجد أصلاً. ولو قال المدعي للمدعى عليه احلف وأنت بريء من هذا الحق الذي ادعيت أو أنت بريء من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت لأن قوله «أنت بريء» يحتمل البراءة للحال أي بريء عن دعواه وخصومته للحال، ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل إبراء بالشك؛ كذا في السراج الوهاج. وذكر الشارح وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة؟

باب ما يبطل دعوى المدعي ما يخالف ما ذكره وعبارته: ادعى عبداً في يد رجل أنه له فجحد المدعى عليه فاستحلفه فنكل وقضى عليه بالنكول، ثم إن المقضى عليه أقام البينة أنه كان اشترى هذا العبد من المدعي قبل دعواه لا تقبل هذه البينة إلا أن يشهد أنه كان اشتراه منه بعد القضاء. وذكر في موضع آخر أن المدعى عليه لو قال كنت اشتريته منه قبل الخصومة وأقام البينة قبلت بينته ويقضى له اهـ. قلت: وسيذكر المؤلف في فصل دفع الدعوى عن البزازية. وكما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضاً، وكذا يصح قبل الحكم كما يصح بعده ودفع الدفع ودفعه والأكثر صحيح في المختار وسنذكر تمامه هناك، لكن سيذكر المؤلف في أول فصل دعوى الخارجين عن النهاية ما نصه: ولو لم يبرهنا حلف صاحب اليد فإن حلف لهما تترك في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو أقاما البينة بعد ذلك يقضى بها، وإن نكل لهما جميعاً يقضى به بينهما نصفين، ثم بعده إذا أقام صاحب اليد البينة أنه ملكه لا يقبل، وكذا إذا ادعى أحد المستحقين على صاحبه وأقام بينة أنها ملكه لا تقبل لكونه صار مقضياً عليه اهـ. ولعله مبني على القول الآخر المقابل للقول المختار تأمل قوله:

....

والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه أنه كان لفلان علي ألف فادعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعي البينة أن له عليه ألفاً، وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه، وعند محمد لا يظهر اهـ. وفي الخانية من الطلاق: والفتوى على أنه يحنث وهو قول أبي يوسف وإحدى الروايتين عن محمد اهـ. وفي الولوالجية من فصل الإقرار بالطلاق: رجل ادعى على آخر ألف درهم فقال المدعى عليه امرأته طالق إن كان له علي ألف فقال المدعي امرأتي طالق إن لم يكن لي عليك ألف وأقام المدعي البينة على حق وقضى القاضي، فرق بين المدعى عليه وبين امرأته عند أبي يوسف، وعن محمد روايتان؛ في رواية يفرق بينهما، وفي رواية لا يفرق، ويفتى بأنه يفرق. ولو أقام المدعى عليه البينة بأنه قد أوفاه ألفاً قبل دعواه وكان تفريق القاضي بينه وبين امرأته باطلاً لأنه تبين أنه أخطأ فيه، وتطلق امرأة المدعي إن زعم أنه لم يكن له على المدعى عليه إلا هذا الألف لأنه تبين أنه حانث. هذا إذا أقام المدعي البينة على الألف، أما إذا أقام البينة على إقرار المدعى عليه بالألف لم يفرق القاضي بين المدعى عليه وبين امرأته لأن شرط الحنث كون الألف عليه وهذا محتمل والقاضي يقضي بالإقرار بالألف والإقرار محتمل؛ هكذا ذكر في بعض المواضع اهـ. وفي جامع الفصولين: والفتوى في مسألة الدين أنه لو ادعاه بلا سبب فحلف ثم برهن ظهر كذبه، ولو ادعاه بسبب وحلف أنه لا دين عليه ثم برهن على السبب لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد

(وفي جامع الفصولين والفتوى في مسألة الدين الخ) قال في نور العين: حلف أن لا دين عليه ثم برهن عليه المدعي؛ فعند محمد لا يظهر كذبه في يمينه إذ البينة حجة من حيث الظاهر، وعند أبي يوسف يظهر كذبه فيحنث. والفتوى في مسألة الدين أنه لو ادعاه بلا سبب فحلف ثم برهن عليه يظهر كذبه، ولو ادعاه بسبب وحلف أنه لا دين عليه ثم برهن على السبب لا يظهر كذبه لجواز إن وجد القرض ثم وجد الإيفاء أو الإبراء. (قت): حلف بطلاق أو عتق ما له عليه شيء فشهدا عليه بدين له وألزمه القاضي وهو ينكر قال أبو يوسف يحنث، وقال محمد لا يحنث لأنه لا يدري لعله صادق والبينة حجة من حيث الظاهر فلا يظهر كذبه في يمينه. ذكر محمد في (ح): قال امرأته طالق إن كان لفلان عليه شيء فشهدا أن فلاناً أقرضه كذا قبل يمينه وحكم بالمال لم يحنث، ولو شهدا أن لفلان عليه شيئاً وحكم به حنث لأنه جعل شرط حنثه وجوب شيء من المال عليه وقت اليمين، وحين شهدا بالقرض لم يظهر كون المال عليه وقت الحلف بخلاف ما لو شهدا أن المال عليه. يقول الحقير: قوله «بخلاف ما شهدا» محل نظر إذ كيف يظهر كون المال عليه إذا شهدا بأن المال عليه بعد أن مر آنفاً أن البينة حجة ظاهرة فلا يظهر كذبه في يمينه. وأيضاً يرد عليه أن يقال فعلى ما ذكر ثم ينبغي أن يحنث في مسألة الحلف بطلاق أو عتق أيضاً إذ لا شك أن الحلف عليهما لا يكون إلا بطريق الشرط أيضاً. والحاصل أنه ينبغي أن يتحد حكم المسألتين نفياً أو إثباتاً والفرق تحكم فالعجب كل العجب من التناقض بين كلامي محمد رحمه الله تعالى مع أنه إمام ذوي الأدب والأرب إلا أن

نكاح ورجعة وفيء واستيلاد ورق ونسب وولاء وحد ولعان ويستحلف السارق فإن

القرض ثم وجد الإبراء والإيفاء اهـ. فإن قلت: هل يقضي بالنكول عن اليمين لنفي التهمة كالأمين إذا ادعى الرد أو الهلاك فحلف فنكل وعن اليمين التي للاحتياط في مال الميت كما قدمناه؟ قلت: أما الأول فنعم كما في القنية وأما الثانية فلم أره اهـ. قوله: **(وعرض اليمين ثلاثاً ندباً)** أي وعرض القاضي على وجه الاستحباب بأن يقول له القاضي إني أعرض عليك ثلاثاً فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه، وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء وتكرار العرض لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبداء العذر، وأما المذهب فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز وهو الصحيح والأول أولى.

قوله: **(ولا يستحلف في نكاح ورجعه وفيء واستيلاد ورق ونسب وولاء وحد ولعان)** وقالا: يستحلف في الكل إلا في الحدود واللعان لأن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار على ما قدمناه فكان إقراراً أو بدلاً عنه، والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة والحدود تندريء بالشبهات، واللعان في معنى الحد. ولأبي حنيفة أنه بدل لأن معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلاً أولى كيلا يصير كاذباً في الإنكار، والبذل لا يجري في هذه الأشياء. وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب، والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقاً لنفسه، والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين؛ كذا في الهداية. وفي القنية: يستحلف في دعوى الإقرار بالنكاح اهـ. وظاهره بأنه اتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه فليتأمل. وفي الظهيرية: تفسير البذل عنده ترك المنازعة والإعراض عنها، ثم الدعوى في هذه المسائل تتصور من إحدى الخصمين أيهما كان إلا بالحد واللعان والاستيلاد فإنه لا يتصور أن يكون المدعي فيها إلا المقذوف والمولى؛ كذا في الشرح وهو سبق قلم والصواب والأمة دون المولى. وفي الهداية: وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد

تكون إحدى الروايتين عنه غير صحيحة اهـ. ما قاله في أواخر الخامس عشر. قوله: **(وأما الثانية فلم أره)** قال الرملي: والوجه يقتضي القضاء بالنكول فيها أيضاً إذ فائدة الاستحلاف القضاء بالنكول كما هو ظاهر تأمل. قوله: **(وأما المذهب فإنه لو قضى الخ)** ظاهره أنه مقابل لما في المتن مع أنه عينه. قال الزيلعي: وعن أبي يوسف ومحمد أن التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ، والصحيح أنه ينفذ، والعرض ثلاثاً مستحب وهو نظير إمهال المرتد ثلاثة أيام فإنه مستحب فكذا هذا مبالغة في الإنذار اهـ. ومثله في الكفاية قوله: **(والصواب والأمة دون المولى)** بقي أن يقال ظاهر كلامه كغيره أنها ادعت الاستيلاد مجرداً عن دعوى اعترافه، والذي في صدر الشريعة ادعت أنها ولدت منه هذا الولد وادعاه أي ادعت أنه ادعاه فهو من تتمة كلامها كما ذكره أخي جلبي. والذي يظهر أن التقييد به ليس احترازياً بل يبتني على ما هو المشهور من أنه يشترط لثبوت نسب ولد الأمة

. . . .

لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها اهـ. وفي جامع الفصولين: وصورة النكاح أنكر هو أو هي نكاحاً والرجعة ادعى على امرأة رجعة ففي العدة تثبت بقوله وإن كذبته لأن ادعى أمراً يملك استئنافه للحال وبعدها لو صدقته ثبت بتصادقهما، ولو كذبته ولا بينة فعلى قولهما يحلف لا على قوله، وكذا لو ادعت أنه راجعها وكذبها. وصورة الفيء في الإيلاء قال فئت وأنكرت فلو ادعاه في مدة الإيلاء يثبت بقوله ولو بعد مضيها، فإن صدقته ثبت وإلا ولا بينة أو ادعت أنه فاء إليها في المدة أو بعدها وأنكر الزوج. وصورة الرق ادعى على مجهول الحال أنه قنه أو ادعى مجهول الحال على رجل أنه عبده وأنكر المولى. وصورة النسب ادعى مجهول النسب أنه أبوه أو ابنه. وصورة أمية الولد أن تدعي أم الولد أنها ولدته من سيدها. وصورة الولاء أن يدعي أنه مولاه الأسفل أو الأعلى اهـ. أطلق في الولاء فشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة كما في الكافي وفيه: فالحاصل أن كل محل يقبل الإباحة بالإذن ابتداء يقضى عليه بنكوله وما لا فلا اهـ. وإذا لم يستحلف في النكاح عنده فلا يخلو إما أن يكون المدعي له الزوج أو المرأة، فإن كان الزوج وقال أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربعاً سواها فإن القاضي لا يمكنه من ذلك لأنه أقر أن هذه امرأته فيقول له إن كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أربعاً سواها، وإن كانت الدعوى من المرأة فعنده لو قالت إني أريد أن أتزوج فإن القاضي لا يمكنها من ذلك لأنها قد أقرت أن لها زوجاً فلا يمكنها التزوج بآخر. فإن قالت ما الخلاص عن هذا وقد بقيت في عهدته الدهر ولا بينة لي وهذه تسمى عهدة أبي حنيفة فإنه يقول القاضي للزوج طلقها فإن أبى أجبره القاضي عليه، فإن قال الزوج لو طلقتها لزمني المهر فلا أفعل ذلك، يقول القاضي له قل لها إن كنت امرأتي فأنت طالق فتطلق لو كانت امرأته وإلا فلا ولا يلزمه شيء، فإن أبى أجبره القاضي، فإن فعل تخلص عن تلك العهدة؛ كذا في البدائع.

ثم إذا لم يستحلف المنكر عنده في النسب هل تقبل بينة المدعي؟ ينظر؛ فإن كان نسباً يثبت بالإقرار تقبل بينته مثل الولد والوالد، وإن لم يثبت بإقراره لا تقبل بينته مثل الجد وولد الولد والأعمام والإخوة وأولادهم لأن فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الأعلى أو الأسفل حيث يقبل، وإن ادعى أنه معتق جده ونحو ذلك وتمامه في الشرح. وقوله «قال

وجود الدعوة من السيد وعلى غير المشهور لا يشترط ذلك بل يكفي عدم نفيه، وكذا ظاهر قولهم ادعت أمة يفيد الاحتراز عن دعوى الزوجة ويخالفه فقول القهستاني بعد قول المتن «واستيلاد بأن ادعى أحد من الأمة والمولى أو الزوجة والزوج أنها ولدت منه ولداً حياً أو ميتاً كما في قاضيخان ولكن في المشاهير أن دعوى الزوج والمولى لا تتصور لأن النسب يثبت بإقراره ولا عبرة لإنكارها بعده، ويمكن أن يقال: إنه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما يدل عليه تصويرهم اهـ. كذا في حاشية السيد أبي السعود.

....

القاضي الإمام فخر الدين الفتوى على أنه يستحلف المنكر في الأشياء الستة» المراد به مولانا قاضيخان كما صرح به مسكين وعزاه المصنف له في شرح الجامع الصغير مع أنه صرح به في فتاواه أيضاً، وصرح الشارح بأن فخر الإسلام علي البزدوي اختار قولهما للفتوى على ما ذكره في المختصر، واختار المتأخرون من مشايخنا على أن القاضي ينظر في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنتاً يحلفه أخذاً بقولهما، وإن رآه مظلوماً لا يحلفه أخذا بقول أبي حنيفة. وفي الولوالجية: الفتوى على قولهما وهو اختيار الفقيه أبي الليث. وصورة الاستحلاف على قولهما ما هي بزوجة لي وإن كانت زوجة لي فهي طالق بائن لأنها لو كانت صادقة لا يبطل النكاح بجحوده فإذا حلف تبقى معطلة. وقال بعضهم: يستحلف على النكاح فإن حلف يقول القاضي فرقت بينكما؛ كذا في الخانية. وفي الاختيار: ثم عندهما كل نسب يثبت من غير دعوى المال كالبنوة والزوجية والمال يستحلف عليه، وكل نسب لو أقر به لا يثبت إلا بدعوى المال كالأخ والعم لا يستحلف إلا إذا ادعى بسببه مالاً أو حقاً كدعوى الإرث ودعوى عدم الرجوع في الهبة ونحوه اهـ. وظاهره صحة الدعوى بنسب الأخ ونحوه وإن لم يدع المال لأنه إنما نفى الاستحلاف فقط، وظاهر ما في البزازية من الفصل العاشر في النسب والإرث عدم صحة الدعوى بالأخوة المجردة ولهذا لو برهن لا يقبل لأنه في الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لا الأخ اهـ. وفي شرح مسكين فإن قيل: كيف تكون هذه المسائل ستة وهي سبعة؟ قلنا: أمومية الولد تابعة لثبوت النسب اهـ. وعبر عنها في جامع الفصولين بالأشياء السبعة وفيه: ادعى نكاحها فحيلة دفع اليمين عنها على قولهما أن تتزوج فلا تحلف لأنها لو نكلت لا يحكم عليها لأنها لو أقرت بعد ما تزوجت لم يجز إقرارها، وكذا لو أقرت بنكاح لغائب قيل صح إقرارها لكن يبطل بالتكذيب ويندفع عنها اليمين، وقيل لا يصح إقرارها فلا تندفع عنها اليمين اهـ. وفي الولوالجية: رجل تزوج امرأة بشهادة شاهدين ثم أنكرت وتزوجت بآخر ومات شهود الأول ليس للزوج الأول أن يخاصمها لأنها للتحليف والمقصود منه النكول، ولو أقرت صريحاً لم يجز إقرارها لكن يخاصم الزوج الثاني ويحلفه، فإن حلف برئ، وإن نكل فله أن يخاصمها ويحلفها، فإن نكلت يقضى بها للمدعي وهذا الجواب على قولهما المفتى به اهـ.

قوله: **(ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع)** لأن المنوط بفعله شيئان: الضمان ويعمل فيه النكول، والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان. قيد بحد السرقة لأنه لا يستحلف في غيره من الحدود إجماعاً ولو كان حد القذف إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بالزنا وقال إن زنيت فأنت حر فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا؛ كذا في الشرح. وصححه الحلواني خلافاً للسرخسي وهي في الخانية. والضمير في زنيت للمتكلم ولهذا قال في الخانية: وهل يصير

....

العبد قاذفاً لمولاه بهذا الكلام؟ ذكر الخصاف في أدب القضاء ما هو إشارة إلى أنه يصير قاذفاً فإنه قال: وقد أتى الذي حلف عليه ولم يقل إنه زنى تحرزاً عن ذلك. وذكر في الحدود: رجل قذف غيره فقال رجل آخر للقاذف هو كما قلته يصير الثاني قاذفاً، ثم إذا حلف المولى ههنا كما هو المختار يحلف على السبب بالله ما زنيت بعدما حلفت بعتق عبدك هذا اهـ. ثم اعلم أن المصنف اقتصر على عدم الاستحلاف عنده في الأشياء السبعة، وفي الخانية أنه لا استحلاف في إحدى وثلاثين خصلة بعضها مختلف فيه وبعضها متفق عليه فنذكرها سرداً اختصاراً: السبعة، وفي تزويج البنت صغيرة أو كبيرة وعندهما يستحلف الأب في الصغيرة، وفي تزويج المولى أمته خلافاً لهما، وفي دعوى الدائن الإيصاء فأنكره لا يحلف، وفي دعوى الدين على الوصي، وفي الدعوى على الوكيل في المسألتين كالوصي، وفيما إذا كان في يد رجل شيء فادعاه رجلان كل الشراء منه فأقر به لأحدهما وأنكر الآخر لا يحلفه، وكذا لو أنكرهما فحلف لأحدهما فنكل له وقضى عليه لم يحلف للآخر، وفيما إذا ادعيا الهبة مع التسليم من ذي اليد فأقر لأحدهما لا يحلف للآخر، وكذا لو نكل لأحدهما لا يحلف للآخر، وفيما إذا ادعى كل منهما أنه رهنه وقبضه فأقر به لأحدهما أو حلف لأحدهما فنكل لا يحلف للآخر، وفيما إذا ادعى أحدهما الرهن والتسليم والآخر الشراء فأقر بالرهن وأنكر البيع لا يحلف للمشتري، وفيما إذا ادعى أحد رجلين الإجارة والآخر الشراء فأقر بها وأنكره لا يحلف لمدعيه ويقال لمدعيه إن شئت فانتظر انقضاء المدة وفك الرهن وإن شئت فافسخ، وفيما إذا ادعى أحدهما الصدقة والقبض والآخر الشراء فأقر لأحدهما لا يستحلف للثاني، وفيما إذا ادعى كل منهما الإجارة فأقر لأحدهما أو نكل لا يحلف للآخر بخلاف ما إذا ادعى كل منهما على ذي اليد الغصب منه فأقر لأحدهما أو حلف لأحدهما فنكل يحلف للثاني كما لو ادعى كل منهما الإيداع فأقر لأحدهما يحلف للثاني، وكذا الإعارة ويحلف ما له عليك كذا ولا قيمته وهي كذا وكذا، وفيما إذا ادعى البائع رضا الموكل بالعيب لم يحلف وكيله، وفيما إذا أنكر توكيله له في النكاح، وفيما اختلف الصانع والمستصنع في المأمور به لا يمين على واحد منهما، وكذا لو ادعى الصانع على رجل أنه استصنعه في كذا فأنكر لا يحلف. الحادية والثلاثون لو ادعى أنه وكيل عن الغائب بقبض دينه وبالخصومة فأنكر لا يستحلف المديون على قوله خلافاً لهما هكذا ذكر بعضهم. وقال الحلواني: يستحلف في قولهم جميعاً اهـ. وبه علم أن ما في الخلاصة تساهل وقصور حيث قال: كل موضع لو أقر لزمه فإذا أنكره يستحلف إلا في ثلاث مسائل منها: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشتري عيباً فأراد أن يرده

قوله: **(وفي دعوى الدائن الإيصاء)** أي أن فلاناً وصي عن الميت قوله: **(رضي الموكل)** أي موكل المشتري قوله: **(الثانية لو ادعى على الآمر رضاه الخ)** صورته: اشترى شيئاً بالوكالة فظهر به

نكل ضمن ولم يقطع والزوج إن ادعت المرأة طلاقاً قبل الوطء فإن نكل ضمن نصف

بالعيب وأراد البائع أن يحلفه بالله ما يعلم أن الموكل رضي بالعيب لا يحلف، فإن أقر الوكيل لزمه ذلك ويبطل حق الرد، الثانية لو ادعى على الآمر رضاه لا يحلف وإن أقر لزمه. الثالثة الوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن الموكل أبرأه عن الدين وطلب يمين الوكيل على العلم لا يحلف وإن أقر به لزمه اهـ. وزدت على الواحدة والثلاثين السابقة البائع إذا أنكر قيام العيب للحال لا يحلف عند الإمام، ولو أقر به لزمه كما قدمناه في خيار العيب، والشاهد إذا أنكر رجوعه لا يستحلف، ولو أقر به ضمن ما تلف بها، والسارق إذا أنكرها لا يستحلف للقطع ولو أقر بها قطع، وذكر الأسبيجابي: ولا يستحلف الأب في مال الصبي ولا الوصي في مال اليتيم ولا المتولي للمسجد والأوقاف إلا إذا ادعى عليهم العقد يستحلفون حينئذ اهـ.

قوله: **(والزوج إن ادعت المرأة طلاقاً قبل الوطء فإن نكل ضمن نصف المهر)** لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال. أشار المؤلف إلى أن الاستحلاف في المواضع السابقة يجري عند دعوى المال فيحلف في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأنه دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح، وبه علم أنه لا فائدة في تقييد المؤلف المسألة بالطلاق قبل الدخول إذ لا فرق بين أن يكون قبل الطلاق أو بعده قبل الدخول أوبعده في الاستحلاف كما في النهاية، ولا فرق بين أن تدعي المهر أو نفقة العدة كما في الخانية، وكذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لأن المقصود في هذه الحقوق هو المال وبيان صور هذه الأربعة في النهاية قوله: **(وجاحد القود فإن نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص)** وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت فيه القصاص ويجب به المال خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد، وله أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيها البدل

عيب فأراد الآمر أي الموكل رده بالعيب فادعى البائع على الآمر أنك رضيت بالعيب لا يحلف الآمر، وتمام الكلام على هذه في شرح الوهبانية قوله: **(الثالثة الوكيل بقبض الدين الخ)** قال في نور العين: فيه نظر إذ المقر به هو الإبراء الذي يدعيه المديون فكيف يتصور لزومه على الوكيل اللهم إلا أن يقال: المراد من لزوم الإبراء لزوم حكمه وهو الفراغ عن مطالبة المديون، وأما احتمال براءة المديون بإقرار الوكيل وانتقال الدين إلى ذمة الوكيل جزاء على إقراره فبعيد بل غير مسلم والله أعلم قوله: **(وزدت على الواحدة والثلاثين)** الأولى أن يقول على الأربع والثلاثين بضم ما في الخلاصة إلى ما في الخانية لكن الأولى من مسائل الخلاصة تقدمت في كلام الخانية فبقي منها ثنتان قوله: **(إلا إذا ادعى عليهم العقد)** قال الرملي: يريد غير عقد النكاح إذ قدم أنه لا تحليف في تزويج البنت صغيرة أو كبيرة، وعندهما يستحلف الأب في الصغيرة تأمل.

المهر وجاحد القود فإن نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص ولو قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف وقيل لخصمه أعطه كفيلاً بنفسك

بخلاف الأنفس فإنه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة وقلع السن للوجع، وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة. وفي الخانية: ثم في كيفية التحليف في القتل روايتان في رواية يستحلف على الحاصل بالله ما له عليك دم ابنه فلان ولا دم عبده فلان ولا دم وليه فلان ولا قبلك حق بسبب هذا الدم الذي يدعي، وفي رواية يحلف على السبب بالله ما قتلت فلان بن فلان ولي هذا عمداً، وفيما سوى القتل من القطع والشجة ونحو ذلك يحلف على الحاصل بالله ما له عليك قطع هذه اليد ولا له قبلك حق بسببها، وكذلك في الشجاج والجراحات التي يجب فيها القصاص. وإذا ادعى قتل أبيه خطأ أو ولياً له أو قطع يده أو شجه خطأ إذا ادعى شيئاً فيه دية أو أرش يستحلف بالله ما لفلان عليك هذا الحق الذي يدعي من الوجه الذي ادعى ولا شيء منه ويسمي الدية والأرش عند اليمين لأنه ادعى مالاً فيحلف على الحاصل كما في سائر الأموال. وقال أبو يوسف: كل حق يجب على غير المدعى عليه كالدية في الخطأ يحلف على السبب بالله ما قتلت ابن فلان هذا، وفي الشجة بالله ما شججت هذا هذه الشجة التي يدعي، وكل جناية يجب فيها الأرش أو الدية على المدعى عليه يستحلف كما يستحلف في القصاص اهـ.

قوله: **(ولو قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف)** أي عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه. ولأبي حنيفة أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما رويناه فلا يكون حقه دونه، ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي. أطلق في حضورها فشمل حضورها في مجلس الحكم ولا خلاف أنه لا يحلف وحضورها في المصر وهو محل الاختلاف وحضورها في المصر بصفة المرض، وظاهر ما في خزانة المفتين خلافه فإنه قال: الاستحلاف يجري في الدعاوى الصحيحة إذا أنكر المدعى عليه ويقول المدعي لا شهود لي أو شهودي غيب أو مرضى اهـ. وقيد بحضورها لأنها لو كانت خارج المصر فإنه يحلف اتفاقاً. وفي المجتبى: وقدرت الغيبة بمسيرة السفر اهـ. وقيد بقوله «المدعي» لأنه لو كان له بينة عادلة حاضرة ولم يخبر القاضي بها فهو مخير بين الاستحلاف وبين إقامة البينة؛ كذا في القنية. ثم رقم بعده لآخر: إن غلب على ظنه أنه ينكل فله أن يحلفه، وإن غلب على ظنه أنه يحلف كاذباً لا يعذر في التحليف. وفيها أيضاً: ادعى المديون الإيصال فأنكر المدعي ولا بينة له فطلب يمينه فقال المدعي اجعل حقي في الختم ثم استحلفني فله ذلك في زماننا

ثلاثة أيام فإن أبى لازمه أي دار معه حيث دار ولو كان غريباً لازمه مقدار مجلس

اهـ. ولو قال لا بينة لي وطلب يمين خصمه فحلفه القاضي فقال لي بينة فإن القاضي يقبل ذلك منه، وقيل لا يقبل؛ كذا في خزانة المفتين وقدمناه قوله: **(وقيل لخصمه أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام)** كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحساناً عندنا لأن فيه نظراً للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه، وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل بإحضاره، والتقدير بثلاثة أيام يروى عن أبي حنيفة وهو الصحيح؛ كذا في الكافي وصحح في الخانية أنه إلى جلوس القاضي مجلساً آخر وهو مروي عن الثاني وفاعله قيل القاضي بطلب المدعي كما في الخانية وإلا فلا يطلب القاضي منه كفيلاً. وفي الصغرى: هذا إذا كان المدعي عالماً بذلك، أما إذا كان جاهلاً فالقاضي يطلب؛ رواه ابن سماعة عن محمد اهـ. أطلق في الخصم فشمل ما إذا كان خاملاً أو وجيهاً وما إذا كان ما عليه حقيراً أو خطيراً؛ كذا في الهداية. وفي المصباح: خمل الرجل خمولاً من باب قعد فهو خامل أي ساقط النباهة لا حظ له اهـ. والوجيه إذا كان له حظ ورتبة منه أيضاً. وقيد بقوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة؛ كذا في الهداية. وفي المجتبى: لو قال المشتري لي بينة على الإيفاء لا يجبره على الإيفاء بل يمهله ثلاثة أيام بشرط أن يدعي حضور الشهود، ولو قال شهودي غيب يقضى عليه بغير إمهال، ولو ادعى الإبراء وقال لي بينة حاضرة يمهله ثلاثة أيام. وقال الطواويسي: يؤجله إلى آخر المجلس. ادعى القاتل أن له بينة حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيام فإن مضت ولم يأت بالبينة أو قال لي بينة غائبة يقضى بالقصاص قياساً كالأموال، وفي الاستحسان يؤجل استعظاماً لأمر الدم اهـ. وأطلق الكفيل وقيده في البزازية وغيرها بالثقة، وفسره في البزازية بأن يكون له دار وحانوت ملكاً له اهـ. وفسره في الصغرى بأن لا يخفى نفسه ولا يهرب من البلد بأن تكون له دار معروفة وحانوت معروف لا يسكن في بيت بكراء يتركه ويهرب وهذا شيء يحفظ جداً اهـ. وينبغي أن يكون الفقيه ثقة بوظائفه بالأوقاف وإن لم يكن له ملك في دار وحانوت لأنه لا يتركها ويهرب. وفسره في شرح المنظومة بأن يكون معروف الدار معروف التجارة ولا يكون لحوحاً معروفاً بالخصومة وأن يكون من أهل المصر لا غريب اهـ. وفي كفالة الفتاوى الصغرى: القاضي إذا أخذ كفيلاً من المدعى عليه بنفسه بأمر المدعي أو لا بأمره فالكفيل إذا سلم إلى القاضي أو إلى رسوله يبرأ، وإن سلم إلى المدعي لا يبرأ.

هذا إذا لم يضف الكفالة إلى المدعي بأن قال القاضي أو رسوله أعط كفيلاً بنفسك ولم

قوله: **(وفي المجتبى لو قال المشتري الخ)** قال الرملي: عبارة المجتبى: ادعى المشتري إيفاء الثمن إلى البائع فأنكر لا يحلف إلا بطلب المدعي، فإن حلف قبله فله أن يحلفه ثانياً، فإذا حلف ثم

. . . .

يقل للطالب فترجع الحقوق إلى القاضي أو إلى رسوله الذي أخذ الكفيل حتى لو سلم إليه الكفيل يبرأ، ولو سلم إلى المدعي لا يبرأ، وإن أضاف إلى المدعي بأن قال أعط كفيلاً بالنفس للطالب كان الجواب على العكس ا هـ. وفي قضائها ثم تأقيت الكفالة بثلاثة أيام أو نحوها ليس لأجل أن يبرأ الكفيل عن الكفالة بعد ذلك الوقت فإن الكفيل إلى شهر لا يبرأ بعد مضي شهر لكن التكفيل إلى شهر لتوسعة الأمر على الكفيل حتى لا يطالب الكفيل إلا بعد مضي شهر لكن لو عجل الكفيل يصح، وهذا لتوسعة المدعي حتى لا يسلم الكفيل المدعى عليه للحال فيبرأ الكفيل فيعجز المدعي عن إقامة البينة متى أحضر البينة فإنما يسلم إلى المدعي بعد وجود ذلك الوقت حتى لو أحضر المدعي بينة قبل وجود ذلك الوقت يجب أن يطالب الكفيل؛ هذا هو الظاهر ينظر في باب كفالة القاضي من كفالة عصام ا هـ. ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى طلب المدعي وكيلاً من المدعى عليه وذكره في الكافي فقال: وله أن يطلب وكيلاً بخصومته حتى لو غاب الأصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه، وإن أعطاه وكيلاً له أن يطالبة بالكفيل بنفس الوكيل، وإذا أعطاه كفيلاً بنفس الوكيل له أن يطالبه كفيلاً بنفس الأصيل لو كان المدعي ديناً لأن الدين يستوفى من ذمة الأصيل دون الوكيل، فلو أخذ كفيلاً بالمال له أن يطلب كفيلاً بنفس الأصيل لأن الاستيفاء من الأصيل قد يكون أيسر وإن كان المدعي منقولاً له أن يطلب منه مع ذلك كفيلاً بالعين ليحضرها ولا يغيبه المدعى عليه، وإن كان عقاراً لا يحتاج إلى ذلك لأنه لا يحتمل التغييب، وصح أن يكون الواحد كفيلاً بالنفس ووكيلاً بالخصومة لأن الواحد يقوم بهما، فلو أقر وغاب يقضى لأنه قضاء إعانة، ولو أقيمت البينة فلم تزكِ فغاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية لأن له حق الجرح في الشهود، وعن أبي يوسف أنه يقضى ا هـ بلفظه. ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى ما لو طلب المدعي الحيلولة بين العين والمدعى عليه. وفي الصغرى: طلب المدعي بنفس الدعوى من القاضي وضع المنقول على يد عدل ولم يكتف بكفيل النفس والمدعي، فإن كان المدعى عليه عدلاً لا يجيبه القاضي، ولو كان فاسقاً يجيبه، وفي العقار لا يجيبه إلا في الشجر الذي عليه الثمر لأن الثمر نقلي ا هـ. وظاهره أن الشجر من العقار وقدمنا خلافه، وفي خزانة المفتين فيما إذا أقام البينة ولم تزك في الجارية قال: يضعها القاضي على يد امرأة ثقة مأمونة تحفظها حتى يسأل عن الشهود ولا يتركها في يد المدعى عليه، سواء كان عدلاً أو

قال المشتري الخ. قوله: **(ادعى القائل أن له بينة الخ)** قال الرملي: ومقتضى الإطلاق أن دعوى الطلاق كدعوى الأموال وإن احتاطوا في الفروج لا تبلغ استعظام أمر الدماء ولذلك يثبت برجل وامرأتين.

قوله: **(وقدمنا خلافه)** أي عند قوله «وإن ادعى عقاراً ذكر حدوده».

. . . .

لا، وهذا إذا سأل المدعي من القاضي أن يضعها ا هـ. وأشار المؤلف إلى أن المدعي لو أقام البينة ولم تزك فالحكم بالأولى كما لا يخفى ويشير إليه قوله فإن أبى، فالحاصل أن أخذ الكفيل والوكيل إنما هو برضا الخصم.

قوله: **(فإن أبى لازمه أي دار معه حيث دار)** أي بمقدار مدة التكفيل المذكورة. أشار إلى تفسير الملازمة بالدوران إلى أنه لا يلزمه في مكان معين. وفي الصغرى: المذهب عندنا أنه لا يلازمه في المسجد لأن المسجد بني لذكر الله تعالى وبه يفتى ثم قال فيها: وتفسير الملازمة أن يدور معه حيثما دار ويبعث معه أميناً حتى يدور معه. ورأيت في زيادات بعض المشايخ أن الطالب لو أمر غيره بملازمة مديونه فللمديون أن لا يرضى عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وجعله فرعاً لمسألة التوكيل بغير رضا الخصم لكنه لا يحبسه في موضع لأن ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفسه الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور معه، وإذا انتهى المطلوب إلى داره فإن الطالب لا يمنعه من الدخول إلى أهله بل يدخل المطلوب إلى أهله والملازم بجلس على باب داره؛ هكذا ذكر هنا. وفي الزيادات أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته فإما أن يأذن للمدعي في الدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لأنه لو تركه حتى يدخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود منها. وفي تعليق أستاذنا: لو كان المدعى عليه امرأة فإن الطالب لا يلازمها بنفسه بل يستأجر امرأة فتلازمها. وفي أول كراهية الواقعات: رجل له على امرأة حق فله أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها لأن هذا ليس بحرام، فإن هربت ودخلت خربة فلا بأس بذلك إذا كان الرجل يأمن على نفسه ويكون بعيداً منها يحفظها بعينه لأن في هذه الخلوة ضرورة ا هـ. وأشار بملازمته إلى ملازمة المدعى لما في خزانة المفتين: إذا كان المدعى عليه متلافاً وأبى إعطاء الكفيل بالمدعي فللمدعي أن يلازم ذلك الشيء إلى أن يعطيه كفيلاً، وإن كان المدعي ضعيفاً عن ملازمته يضع ذلك الشيء على يد عدل ا هـ. وظاهر ما في السراج الوهاج أنه لا يلازمه إلا بإذن القاضي وذكر فيه أن منها أن يسكن حيث سكن. وفي المصباح: دار حول البيت يدور دوراً ودوراناً طاف به، ودوران الفلك تواتر حركاته بعضها إثر بعض من غير ثبوت ولا استقرار ومنه قولهم دارت المسألة أي كلما تعلقت بمحل توقف ثبوت الحكم على غيره فتنتقل إليه ثم بتوقف على الأول وهكذا ا هـ. قوله: **(ولو كان غريباً لازمه مقدار مجلس القاضي)** وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس، فلو قال إلا أن يكون غريباً فإلى انتهاء مجلس القضاء لكان أولى ليرجع إلى الملازمة والتكفيل. وعلله في الهداية بأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضراراً به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهراً. أطلق في مقدار مجلس القاضي فشمل ما إذا كان يجلس في كل خمسة عشر يوماً مرة؛ كذا في البزازية. والمراد بالغريب المسافر لما في البزازية: لو كان المدعى عليه مسافراً وعرف ذلك منه لا يؤخذ منه كفيل وأجله

القاضي واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق إلا إذا ألح الخصم ويغلظ بذكر أوصافه لا

إلى آخر المجلس، فإن برهن في المجلس وإلا خلى سبيله، ولو قال أنا أخرج غداً أو إلى ثلاثة أيام يكفله إلى وقت الخروج، وإن أنكر الطالب خروجه نظر إلى زيه أو بعث من يثق به إلى رفقائه، فإن قالوا أعد للخروج معنا يكفله إلى وقت الخروج ا هـ.

قوله: **(واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق إلا إذا ألح الخصم)** لقوله عليه السلام «من كان حالفاً منكم فيحلف بالله أو ليذر»[1]. وفي خزانة المفتين: واليمين بالله تعالى ذكر اسمه تعالى وهو أن يقول والله ا هـ. وظاهره أنه لا تحليف بغير هذا الاسم، فلو حلفه بالرحمن أو الرحيم لا يكون يميناً ولم أره صريحاً فلا يحلف بغيره من طلاق وعتاق، وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى؛ كذا في الهداية. وظاهره أنه خارج عن ظاهر الرواية فما كان ينبغي للمؤلف ذكره في المتن لأنه موضوع لظاهر الرواية مع أنه ضعيف أيضاً لما في الخلاصة: والتحليف بالطلاق والعتاق والأيمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا ا هـ. وفي الخانية: وإن أراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي إلى ذلك لأن التحليف بالطلاق والعتاق حرام، ومنهم من جوزه في زماننا والصحيح ما في ظاهر الرواية ا هـ. وفي كتاب الحظر والإباحة من التتارخانية: والفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتاق ا هـ. وفي منية المفتي: لم يجزه أكثر مشايخنا وإن مست إليه الضرورة يفتى أن الرأي فيه للقاضي اتباعاً للبعض ا هـ. وفي خزانة المفتين كما في منية المفتي وزاد: فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه على قول الأكثر ا هـ. وظاهره أنه مفرع على قول الأكثر من أنه لا تحليف بهما فلا اعتبار بنكوله عنهما، وأما من قال بالتحليف بهما فيعتبر نكوله ويقضى به لأن التحليف بهما لرجاء النكول

قوله: **(فلو حلفه بالرحمٰن أو الرحيم لا يكون يميناً ولم أره)** رده العلامة المقدسي على ما نقل عنه الحموي بأنه قصور لوجود النص على خلافه فقد ذكروا في كتاب الأيمان أنه لو قال والرحمٰن أو الرحيم أو القادر فكل ذلك يمين، ويدل عليه قولهم فيما إذا غلظ بذكر الصفة يحترز عن الإتيان بالواو لئلا تُنكر اليمين، ونصوا هنا في تحليف الأخرس أن يقال له عهد الله عليك، ولا فرق بينه وبين الصحيح بل صرح بهذا في الصحيح، وصحح في روضة القضاة بأن الرحمٰن الرحيم وسائر أسماء الله تعالى تكون يميناً اهـ. كذا في حاشية أبي السعود قوله: **(نكوله)** والظاهر من كلام الزيلعي خلافه حيث قال: وقال بعضهم يسوغ للقاضي أن يحلفه بهما إذا ألح الخصم لكن إذا نكل لا يقضى عليه بالنكول، ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ اهـ. وفي غرر الأفكار مثله وعلله بقوله لامتناعه عما هو منهي عنه فليتأمل في هذا التعليل. وفي حاشية أبي السعود وفي الدر عن مصنف التنوير أنه

---

(١) رواه الترمذي في كتاب النذور باب ٨. أحمد في مسنده (٢/ ٧).

بزمان ومكان ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني بالله ولا

فيقضى به وإلا فلا فائدة، وظاهر كلام الشارح خلافه. قيد باليمين بالطلاق والعتاق لأن الخصم لو طلب تحليف الشاهد أو المدعي ما يعلم أن الشهود كذبة لا يلتفت إليه كما قدمناه قوله: **(ويغلظ بذكر أوصافه)** مثل قوله والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه، وله أن يزيد في التغليظ على هذا وينقص منه إلا أنه يحتاط كيلا تتكرر عليه اليمين لأن المستحق يمين واحدة. وإن شاء القاضي لم يغلظ ويقتصر على بالله أو والله، وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح، وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير، وقدمنا أن التغليظ لم يجوزه أكثر مشايخنا، وذكر الشارح أنه لو حلف بالله ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لأن المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل. وفي خزانة المفتين: والاختيار في صفة التغليظ أن القضاة يزيدون فيه ما شاؤوا وينقصون ما شاؤوا اهـ قوله: **(لا بزمان ومكان)** أي لا يغلظ القاضي بهما لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع. وظاهر ما في الهداية أن المنفي وجوب التغليظ بهما فيدل على مشروعيته وإن لم يجب، وظاهر ما في الكتاب عدم المشروعية، وظاهر قوله في الكافي لأن في التغليظ بالزمان تأخير حق المدعي في اليمين إلى ذلك الزمان أنه غير مشروع ولذا قال الشارح: فلا يشرع. وظاهر ما في المحيط أن التغليظ به ليس بحسن عندنا أصلاً فيفيد الإباحة ولكن ذكر بعده أنه لا يجوز التغليظ بالمكان.

قوله: **(ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني بالله**

اعتمد ما في البحر لكن نقل السيد الحموي عن العلامة المقدسي ما محصله أن فائدة التحليف بهما على القول بأنه يجوز وإن كان لا يقضي عليه بالنكول اطمئنان خاطر المدعي إذا حلف فربما كان مشتبهاً عليه الأمر بنسيان ونحوه، فإذا حلف له بهما صدقه اهـ. قلت: بل في الغالب يمتنع عنه إذا كان كاذباً خوفاً من طلاق زوجته وعتق عبده فله فائدة تأمل قوله: **(إلا أنه يحتاط الخ)** أي يحتاط عن العطف. قال الزيلعي: ولو أمر بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها قول المصنف: **(ويستحلف اليهودي الخ)** قال في البدائع: ولا يحلف على الإشارة إلى مصحف معين بأن يقول بالله الذي أنزل هذا التوراة أو هذا الإنجيل لأنه ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن أن تقع الإشارة إلى الحرف المحرف فيكون التحليف به تعظيماً لما ليس كلام الله تعالى؛ كذا في الشرنبلالية.

. . . .

تعالى) لقوله عليه السلام لابن صوريا الأعور أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا، ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام، والنصراني نبوة عيسى فيغلظ على كل واحد بذكر المنزل على نبيه، وما ذكره من صورة تحليف المجوسي مذكور في الأصل، ويروى عن الإمام الأعظم أنه لا يستحلف أحد إلا بالله تعالى خالصاً. وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو اختيار بعض المشايخ لأن ذكر النار مع اسمه تعالى تعظيم لها، وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين لأن كتب الله تعالى معظمة. والوثني لا يحلف إلا بالله تعالى لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ﴿ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله﴾ [لقمان: ٢٥] وظاهر ما في المحيط أن ما في الكتاب قول محمد، وما ذكره الخصاف قولهما. فإن قلت: إذا حلف الكافر بالله فقط ونكل عما ذكر هل يكفيه أم لا؟ قلت: لم أره صريحاً وظاهر قولهم أنه يغلظ به أنه ليس بشرط وأنه من باب التغليظ فيكتفي بالله، ولا يقضى عليه بالنكول عن الوصف المذكور وفي العناية: ابن صوريا بالقصر اسم أعجمي وأنشدك أي أحلفك بالله ا هـ. وذكر ابن الكمال أن الكفرة بأسرهم لا يعتقدون الله تعالى فإن الدهرية منهم لا يعتقدونه ولا دلالة في قوله تعالى ﴿ولئن سألتهم﴾ الآية. على ذلك بل لأن الوثني يعبد غير الله تعالى ويعتقد أن الله تعالى خالقه ا هـ. واليهودي نسبة إلى هود وهو اسم نبي عربي وسمي بالجمع وبالمضارع من هاد إذا رجع، ويقال هم يهود وهو غير منصرف للعلمية ووزن الفعل وجاز تنوينه، وقيل نسبة إلى يهود بن يعقوب عليهما السلام وتمامه في المصباح. وفيه: رجل نصراني بفتح النون وامرأة نصرانية وربما قيل نصران ونصرانة ويقال هو نسبة إلى قرية اسمها نصرة؟ قاله الواحدي. ولهذا قيل في الواحد نصري على القياس والنصارى جمعه مثل مهري ومهارى، ثم أطلق النصراني على كل من تعبد بهذا الدين ا هـ. وفيه: المجوس أمة من الناس وهي كلمة فارسية وتمجس دخل في دين المجوس كما يقال تهود أو تنصر إذا دخل في دين اليهود والنصارى ا هـ. وفيه: الوثن الصنم سواء كان من خشب أو حجر أو غيره، والجمع وثن مثل أسد وأسد وأوثان وينسب إليه من يتدين بعبادته على لفظه فيقال رجل وثني ا هـ قوله: **(ولا يحلفون في بيوت عبادتهم)** لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك؛ كذا في الهداية. ولو قال المسلم لا يحضرها لكان أولى لما في التتارخانية: يكره للمسلم الدخول في البيعة والكنيسة، وإنما يكره من حيث إنه مجمع الشياطين لا من حيث إنه ليس له حق الدخول، والظاهر أنها تحريمية لأنها المرادة عند إطلاقها وقد أفتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهود.

قوله: **(وذكر ابن الكمال أن الكفرة بأسرهم الخ)** عبارة ابن الكمال لا لأن الكفرة بأسرهم

يحلفون في بيوت عبادتهم ويحلف على الحاصل أي بالله ما بينكما نكاح قائم وبيع قائم وما يجب عليك رده وما هي بائن منك الآن في دعوى النكاح والبيع والغصب

قوله: **(ويحلف على الحاصل أي بالله ما بينكما نكاح قائم وبيع قائم وما يجب عليك رده وما هي بائن منك الآن في دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق)** يعني لا يحلف بالله ما بعت لأنه قد تباع العين ثم يقال فيها، ولا يحلف في النكاح ما نكحت لأنه يطرأ عليه الخلع، ولا في الغصب ما غصبت لأنه ربما رده، وفي الطلاق ما طلقت لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه. وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض لما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وله معنيان: لغوي واصطلاحي هنا فالأول كما في القاموس: الحاصل من كل شيء ما بقي وثبت وذهب ما سواه حصل حصولاً ومحصولاً ا هـ. والثاني تحليفه على صورة إنكار المنكر عندهما، وعند أبي يوسف يحلف على السبب وهو صورة دعوى المدعي، وبيانه إذا ادعى عنده وديعة أو قرضاً أو غصباً أو بيعاً فهو ينكر ويقول ليس لك علي شيء، فعلى قولهما يحلف على صورة إنكاره بالله ليس له عندك شيء ولا عليك دين، وعنده بالله ما أودعه ولا باعه ولا أقرضه: ذكره الأسبيجابي. وقوله «الآن» متعلق بالجمع كما أفاده مسكين. ومعنى قوله ويحلف على الحاصل أن الأصل هذا إذا كان سبباً يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك مثل أن يدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي، وإن كان سبباً لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الأمة والعبد الكافر لأنه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق بدار الحرب وعليه ينقض العهدة واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم؛ كذا في الهداية. وفي قول المؤلف بالغصب وما يجب عليك رده قصور والصواب ما في الخلاصة ما يجب عليك رده ولا مثله ولا بدله ولا شيء من ذلك ا هـ. وكذا في قوله ما هي بائن منك الآن لأنه خاص بالبائن، وأما الرجعي فيحلف بالله ما هي طالق في النكاح الذي بينكما، وأما إذا كانت الدعوى بالطلاق الثلاث فقال الأسبيجابي: يحلف بالله ما طلقتها ثلاثاً في النكاح الذي بينكما ا هـ. كما أن إدخال النكاح في المسائل التي يحلف فيها على الحاصل عندهما غفلة من صاحب الهداية والشارحين لأن أبا حنيفة لا يقول بالتحليف في النكاح ولذا قال الأسبيجابي: إنه يحلف في النكاح على قولهما لا على قوله. ثم اختلفا فقال محمد يحلف على صورة إنكار

يعتقدون الله تعالى فإن الدهرية الخ. قوله: **(إلا إذا عرض بما ذكرنا)** أي بأن يقول المدعى عليه عند طلب اليمين منه على السبب أن الشخص قد يبيع ثم يقيل.

....

المنكر، وقال أبو يوسف على صورة دعوى المدعي ا هـ. إلا أن يقال إن الإمام فرع على قولهما وإن كان لا يقول به كتفريعه في المزارعة على قولهما والمذهب في التحليف قولهما وهو ظاهر الرواية كما في خزانة المفتين ولذا اختاره أصحاب المتون لكن قال فخر الإسلام: إنه مفوض إلى رأي القاضي. وعن أبي يوسف إن القاضي ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب كالبيع يحلف على السبب، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه أكثر القضاة؛ ذكره مسكين. ولم يستوف المؤلف رحمه الله تعالى المسائل المفرعة على هذا الأصل فمنها الأمانة والدين وقد ذكرناهما.

وفي منية المفتي: المدعى عليه الألف يحلف بالله ماله قبلك ما يدعي ولا شيء منه لأنه قد يكون عليه الألف إلا درهماً فيكون صادقاً ا هـ. وفيما ذكره الأسبيجابي في التحليف على الوديعة قصور، والصواب ما في خزانة المفتين: وفي دعوى الوديعة إذا لم تكن حاضرة يحلف بالله ماله هذا المال الذي ادعاه في يديك وديعة ولا شيء منه ولا له قبلك حق منه لأنه متى استهلكها أو دل إنساناً عليها لا تكون في يديه ويكون عليه قيمتها فلا يكتفى بقوله في يديك بل يضم إليه ولا له قبلك حق منه احتياطاً ا هـ. ومنها دعوى الملك المطلق فإن كان في ملك منقول حاضر في المجلس يحلف بالله ما هذا العين ملك المدعي من الوجه الذي يدعيه ولا شيء منه، وإن كان غائباً عن المجلس «إن أقر المدعى عليه أنه في يده وأنكر كونه ملك المدعي كلف إحضاره ليشير إليه، وإن أنكر كونه في يده فإنه يستحلف بعد صحة الدعوى ما لهذا في يديك كذا ولا شيء منه ولا شيء عليك ولا قبلك ولا قيمته وهي كذا ولا شيء منها؛ كذا في خزانة المفتين. ومنها دعوى إجارة الضيعة أو الدار أو الحانوت أو العبد أو دعوى مزارعة في أرض أو معاملة في نخل بالله ما بينك وبين هذا المدعي إجارة قائمة تامة لازمة اليوم في هذا العين المدعي ولا له قبلك حق بالإجارة التي وصفت؛ كذا في الخزانة. ومنها. ما لو ادعت امرأة على زوجها أنه جعل أمرها بيدها وأنها اختارت نفسها وأنكر الزوج فالمسألة على ثلاثة أوجه: إما أن ينكر الزوج الأمر والاختيار جميعاً وفيه لا يحلف على الحاصل بلا خلاف لأنه لو حلف ما هي بائن منك الساعة ربما تأول قول بعض العلماء أن الواقع بالأمر باليد رجعي فيحلف على السبب، ولكن يحتاط فيه للزوج بالله ما قلت لها منذ آخر تزوج تزوجتها أمرك بيدك وما تعلم أنها اختارت نفسها بحكم ذلك الأمر، وإن أقر بالأمر

قوله: **(إلا أن يقال إنَّ الإمام فرع على قولهما)** أو يقال محمول على ما إذا كان مع النكاح دعوى المال كما نقل عن العلامة المقدسي، ولكن ذكره في اليعقوبية أيضاً ثم قال: وهذا بعيد لأن الظاهر أنه يحلف عنده في تلك الصورة على عدم وجوب المال لا على عدم النكاح فليتأمل قوله: **(وفيما ذكره)** أي في أول الصفحة السابقة.

....

وأنكر اختيارها يحلف بالله ما تعلم أنها اختارت نفسها، وإن أقر بالاختيار وأنكر الأمر يحلف بالله ما جعلت أمر امرأتك هذه بيدها قبل أن تختار نفسها في ذلك المجلس، وكذا إن ادعت أن الزوج حلف بطلاقها ثلاثاً أن لا يفعل كذا وقد فعل فهو على التفصيل؛ كذا في خزانة المفتين. ومنها أن ما ذكره في حلف البيع قاصر والحق ما في الخزانة من التفصيل فإن المشتري إذا ادعى الشراء، فإن ذكر نقد الثمن فادعى عليه يحلف بالله ما هذا العبد ملك المدعي ولا شيء منه بالسبب الذي ادعى ولا يحلف بالله ما بعته، وإن لم يذكر المشتري نقد الثمن يقال له أحضر الثمن فإذا حضر استحلفه القاضي بالله ما عليك قبض هذا الثمن وتسليم هذا العبد من الوجه الذي ادعى، وإن شاء حلف بالله ما بينك وبين هذا شراء قائم الساعة. والحاصل أن دعوى الشراء مع نقد الثمن دعوى المبيع ملكاً مطلقاً وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة الثمن فيحلف على ملك المبيع، ودعوى البيع مع تسليم المبيع دعوى الثمن معنى وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة المبيع فيحلف على ملك الثمن اهـ. ومنها في دعوى الكفالة إذا كانت صحيحة بأن ذكر أنها منجزة أو معلقة بشرط متعارف وأنها كانت بإذنه أو أجازها في المجلس، وإذا حلفه يحلفه بالله ما له قبلك هذه الألف بسبب هذه الكفالة التي يدعيها حتى لا يتناول كفالة أخرى، وكذا إذا كانت كفالة يعرض بالله ما له قبلك هذا الثوب بسبب هذه الكفالة وفي النفس بالله ما له قبلك تسليم نفس فلان بسبب هذه الكفالة التي يدعيها؛ كذا في خزانة المفتين. ومنها تحليف المستحق قال في خزانة المفتين: رجل أعار دابة أو أجرها أو أودعها فجاء مدع وأقام بينة أنها له لا يقضى له بشيء حتى يحلف بالله ما بعت ولا وهبت ولا أذنت فيها ولا هي خارجة عن ملكك للحال. ومنها إذا ادعى غريم الميت إيفاء الدين له وأنكر الوارث يحلف ما تعلم أنه قبضه ولا شيئاً منه ولا بريء إليه منه؛ كذا في خزانة المفتين. وقدمنا كيفية تحليف مدعيه على الميت. وفي جامع الفصولين أقول: قوله «ولا بريء إلى آخر» لا حاجة إليه لأنه يدعي الإيفاء لا البراءة فلا وجه لذكره في التحليف اهـ. وأجبت عنه فيما كتبناه عليه بجواز أن الميت أبرأه ولم يعلم المديون لأنه لا يتوقف على قبوله. ومنها في دعوى الإتلاف قال في الخزانة: ادعى على آخر أنه خرق ثوبه وأحضر الثوب معه إلى القاضي لا يحلفه ما خرقت ثم ينظر في الخرق؛ إن كان يسيراً وضمن

قوله: **(وأجبت عنه فيما كتبناه عليه الخ)** وأجاب عنه أيضاً في نور العين حيث قال: قوله «لا حاجة إليه» محل نظر لأن المدعي هو إيفاء مجموع الدين فلو أريد تسويته بالمحلوف عليه لاكتفى في الحلف بلفظ ما تعلمون أن أباكم قبضه فزيادة لفظ «ولا شيء منه» تدل قطعاً على أن المراد إنما هو دفع جميع الوجوه المحتملة في جانب المورث نظراً للغريم وشفقة عليه، ويجوز أن يكون وجه زيادة «ولا بريء إليه» احتمال أن الغريم تجوز فأراد بالإيفاء الإبراء نظراً إلى اتحاد مآلها وهو خلاص الذمة اهـ. قوله: **(لا يحلفه ما خرقت)** أي لاحتمال أنه خرقه وأداء ضمانه تأمل قوله: **(وقد ظهر لي في**

والطلاق وإن ادعى شفعة بالجوار أو نفقة المبتوتة والمشتري أو الزوج لا يراهما يحلف

النقصان يحلف ما له عليك هذا القدر من الدراهم التي تدعي ولا أقل منه، وإن لم يكن الثوب حاضراً كلفه القاضي بيان قيمته ومقدار النقصان ثم يترتب عليه اليمين، وكذلك هذا في هدم الحائط أو فساد متاع أو ذبح شاة أو نحوه اهـ. ثم اعلم أنه تكرر منهم في بعض صور التحليف تكرار لا في لَفظ اليمين خصوصاً في تحليف مدعي دين على الميت فإنها تصل إلى خمسة، وفي الاستحقاق إلى أربعة مع قولهم في كتاب الأيمان أن اليمين تتكرر بتكرار حرف العطف مع قوله «لا» كقوله لا آكل طعاماً ولا شراباً، ومع قولهم هنا في تغليظ اليمين يجب الاحتراز عن العطف لأن الواجب يمين واحدة فإذا عطف صارت أيماناً ولم أر عنه جواباً بل ولا من تعرض له وقد ظهر لي في الجمع.

قوله: **(وإن ادعى شفعة بالجوار أو نفقة المبتوتة والمشتري أو الزوج لا يراهما يحلف على السبب)** يعني بأن كان كل منهما شافعياً مثلاً لما قدمنا من أنه لو حلف من الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي، وقد استفيد منه أنه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه، وأما مذهب المدعي ففيه اختلاف؛ فقيل إنه لا اعتبار به أيضاً وإنما الاعتبار لمذهب القاضي، فلو ادعى شافعي شفعة الجوار عند حنفي سمعها، وقيل لا، وقيل يسأله القاضي هل يعتقد وجوبها أو لا. وفي شرح الصدر الشهيد أن الأخير أوجه الأقاويل وأحسنها اهـ. وهذا تصحيح فكان هو المعتمد، وذكر الصدر حكاية عن القاضي أبي عاصم أنه كان يدرس والخليفة يحكم فاتفق أن امرأة ادعت على زوجها نفقة العدة فأنكر الزوج فحلفه بالله ما عليك تسليم النفقة من الوجه الذي تدعي، فلما تهيأ ليحلف نظرت المرأة إليه فعلم لماذا نظرت إليه فنادى خليفته سل الرجل من أي المحلة هو حتى إن كان من أصحاب الحديث حلفه بالله ما هي معتدة منك لأن الشافعي لا يرى النفقة للمبتوتة، وإن كان من أصحابنا حلفه بالله ما عليك تسليم النفقة إليها من الوجه الذي تدعي نظراً لها اهـ. فإن قلت: قد راعيتم جانب المدعي وتركتم النظر للمدعى عليه لجواز أنه اشترى ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب. قلت: أشار الصدر إلى جوابه بأن القاضي لا تجديداً من إلحاق الضرر بأحدهما فكان مراعاة جانب المدعي أولى وأوجب لأن السبب الموجب للحق له وهو الشراء إذا أثبت ثبت الحق له وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضية فيصح التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض اهـ. ولا خصوصية لمسألتي الكتاب فمسألة الإيلاء كذلك كما ذكره الصدر فيخلف

الجمع) قال الرملي؛ هكذا في النسخة التي كتبت منها. وهنا كلام ساقط وأقول: إذا تأمل المتأمل وجد التكرار لتكرير المدعي فليتأمل اهـ. يعني أن المدعي وإن ادعى شيئاً واحداً في اللفظ لكنه مدع لهذه الأشياء ضمناً. قوله: **(وأما مذهب المدعي ففيه اختلاف الخ)** الظاهر أن هذا الاختلاف في غير قضاة زماننا المأمورين بالحكم على مذهب موليهم عز نصره.

على السبب وعلى العلم لو ورث عبداً فادعاه آخر وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه

على نفس الإيلاء إذا قالت إنه لا يرى الوقوع بمضي المدة. ثم اعلم أن ظاهر ما ذكره الخصاف وتبعه الصدر الشهيد أن معرفة كون المدعي شافعياً ونحوه إنما هي بقول المدعي، ولم أر حكم ما إذا تنازعا في ذلك وظاهر كلامهما أنه لا اعتبار بقول المدعى عليه قوله: **(وعلى العلم لو ورث عبداً فادعاه آخر)** لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات. أطلقه فشمل ما إذا ادعاه ملكاً مطلقاً أو بسبب من المورث.

قوله: **(وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه)** لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً، وكذا الهبة ومراده وصوله إليه بسبب اختياري ولو كان غير الشراء والهبة. ولو قال المؤلف «لو ادعى الوارث عيناً أو ديناً» لكان أولى ليشمل دعوى الدين على الميت. وحاصل ما ذكره الصدر في دعوى الدين على الوارث أن القاضي يسأله أولاً عن موت أبيه ليكون خصماً، فإن أقر بموته سأله عن الدين، فإن أقر به يستوفيه المدعي من نصيبه فقط، وإن أنكر فبرهن المدعي استوفاه من التركة وإلا وطلب يمينه استحلفه القاضي على العلم، فإن حلف انتهت وإلا قضى عليه فيستوفى من نصيبه إن أقر بوصوله إليه وإلا فإن صدقه المدعي فلا شيء عليه وإلا استحلف على البتات ما وصل إليه قدر المال المدعي ولا بعضه، فإن نكل لزمه القضاء وإلا لا. هذا إذا حلف على الدين أولاً، فإن حلفه على الوصول أولاً فحلف فله تحليفه على الدين ثانياً لاحتمال ظهور مال فكان فيه فائدة منتظرة. ولو أراد المدعي استحلافه على الدين والوصول معاً فقيل له ذلك، وعامتهم أنه يحلف مرتين ولا يجمع، وإن أنكر موته حلفه على العلم فإن نكل حلفه على الدين اهـ. مختصراً. ودعوى الوصية على الوارث كدعوى الدين فيحلف على العلم لو أنكرها، وإذا تنازعا في كونها ميراثاً فقال المدعى عليه ورثتها فأحلف على العلم وكذبه المدعي حلف على البتات لأن سبب الاستحقاق قد تقرر وهو ظهور الدار في يده وهو يريد إسقاط يمين البتات فالقول للمدعي، فإذا أراد المدعى عليه تحليفه أنه ما يعلم أنها وصلت إليه بالميراث فله ذلك، فإن نكل حلف على العلم وإلا فعلى البتات وتمامه في شرح الصدر. ثم اعلم أن مدعي الدين على الميت إذا ادعى على واحد من الورثة به وحلفه فله أن يحلف الباقي لأن الناس يتفاوتون في اليمين، وربما لا يعلم

قوله: **(يستوفيه المدعي من حصته فقط)** لأنه لا يصح إقراره على الميت فيبقى إقراراً في حق نفسه. وقوله «استوفاه من التركة» أي لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يدعي على الميت. قوله «وإلا وطلب يمينه» أي وإلا يبرهن المدعي وطلب يمين المدعى عليه استحلفه على العلم أي بالله ما تعلم أن لفلان بن فلان هذا على أبيك هذا المال الذي ادعاه وهو ألف درهم ولا شيء منه. وقوله «إن أقر بوصوله إليه» أي بوصول نصيبه من الميراث إليه. وقوله «وإلا» أي وإلا يقر بوصوله إليه. وقوله «فله تحليفه على الدين ثانياً» أي على العلم. وقوله «لاحتمال الخ» أي أن في

. . . .

الأول به ويعلم به الثاني. ولو ادعى أحد الورثة ديناً على رجل للميت وحلفه ليس للباقي تحليفه لأن الوارث قائم مقام المورث وهو لا يحلفه إلا مرة؛ كذا في الخانية. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أنه يحلف على نفي العلم في فعل الغير وعلى البتات في فعل نفسه ولهذا حلف عليه السلام اليهود بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً. قال الإمام الحلواني: هذا الأصل مستقيم في المسائل كلها إلا في الرد بالعيب فإن المشتري إذا ادعى الإباق ونحوه فإن البائع يحلف على البتات مع أنه فعل الغير لأن البائع ضمن له المبيع سالماً عن العيوب، فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فحلف على البتات ألا ترى أن المودع إذا قال إن الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات، وكذا الوكيل بالبيع إذا ادعى قبض الموكل الثمن فإنه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك؛ كذا ذكر الشارح. وفي الخلاصة: لو قال إن لم يدخل فلان الدار اليوم فامرأته طالق ثم قال إنه دخل يحلفه على البتات بالله أنه دخل الدار اليوم اهـ. مع أنه فعل الغير لكونه ادعى علماً به. وفي القنية: باع الوصي عبداً فادعى المشتري به عيباً ولا بينة له يحلف الوصي على البتات والوكيل على العلم لأن العبد في يد الوصي فيعلم بالعيب ظاهراً بخلاف الوكيل اهـ. ومما يحلف فيه على نفي العلم ما في القنية: ولو اشترى جارية من رجل فادعت امرأته أنها اشترتها قبل هذا ولا بينة فلها أن تحلف المشتري على العلم اهـ. ومنه ما فيها أيضاً: قال في حال مرضه ليس لي شيء من دار الدنيا ثم مات عن زوجة وبنت وورثة فللورثة أن يحلفوا زوجته وابنته على أنهما لا يعلمان شيئاً من تركة المتوفى بطريقه اهـ. وفي البزازية: في يده جارية يقول أودعنيها فلان الغائب وبرهن فقال المدعي باعها أو وهبها بعد الإيداع منك وأنكره المدعى عليه يحلف بالله ما باعها أو وهبها منك. في يده عبد ورثه من أمه ادعى آخر أنه كان أودعه من أبيه يحلف على العلم اهـ. ثم في كل موضع وجبت اليمين فيه على العلم فحلف على البتات كفى وسقطت عنه وعلى عكسه لا، ولا يقضى بنكوله عما ليس واجباً عليه. والبتات بمعنى البت بمعنى القطع وكان اليمين على نفي العلم لا قطع فيها بخلاف الأخرى. وفي بعض كتب الفقه البت بدل البتات ولم أر فيما عندي من كتب اللغة أن البتات بمعنى القطع، وإنما ذكر في القاموس أن البت بمعنى القطع وأن البتات الزاد والجهاز ومتاع البيت والجمع أبتة ولم يذكره في المصباح والمغرب.

إثبات الدين فائدة وإن لم يصل المال إليه فإنه متى استحلفه وأقر أو نكل وثبت الدين، فإذا ظهر للأب مال من الوديعة أو البضاعة عند إنسان لا يحتاج إلى الإثبات ففيه فائدة منتظرة. وقوله «فإن نكل حلف على الدين» أي على العلم أيضاً.

قوله: **(ولا يقضي بنكوله عما ليس واجباً عليه)** قال الرملي قال في جامع الفصولين: وكل موضع يجب اليمين بتاً فحلف القاضي على العلم لا يعتبر نكوله. ولو وجب على العلم فحلفه بتاً

ولو افتدى المنكر يمينه أو صالحه منها على شيء صح ولم يحلف بعده.

باب التحالف

اختلفا في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن وإن برهنا فللمثبت الزيادة وإن

قوله: **(ولو افتدى المنكر يمينه أو صالحه منها على شيء صح ولم يحلف بعده)** أما الجواز فلما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه ادعى عليه أربعون درهماً فأعطى شيئاً وافتدى بيمينه ولم يحلف. وعن حذيفة أنه افتدى بيمينه بمال ولأنه لو حلف يقع في القيل والقال فإن الناس بين مصدق ومكذب، فإذا افتدى بيمينه فقد صان عرضه وهو حسن قال عليه السلام «ذبوا عن أعراضكم بأموالكم» وذكر الصدر الشهيد أن الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب اهـ. ومراده ثابت بدليل جواز الحلف صادقاً وإنما لا يحلف بعده لأنه أسقط خصومته بأخذ البدل عنه. قيد بالفداء والصلح لأنه لو اشترى بيمينه لم يجز وكان له أن يستحلفه لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال؛ كذا في النهاية. وظاهر ما قرره الشارح أن أخذ المال في الفداء والصلح عن اليمين إنما يحل إذا كان المدعي محقاً ليكون المأخوذ في حقه بدلاً كما في الصلح عن الإنكار، فلو كان مبطلاً لم يحل، والضمير في «منها» عائد إلى يمينه أي بدلها. وفي شرح مسكين: ثم الافتداء قد يكون بمال بمثل المدعي وقد يكون بأقل منه، وأما الصلح فإنما يكون منه على مال هو أقل من المدعي غالباً؛ كذا في النهاية اهـ. قيد بالإسقاط ضمن الافتداء والصلح لأن إسقاطها قصداً غير صحيح لما في دعوى البزازية آخر الرابع عشر: قال المدعي برئت من الحلف أو تركت عليه الحلف أو وهبت لا يصح وله التحليف بخلاف البراءة عن المال لأن التحليف للحاكم اهـ. والله أعلم.

باب التحالف

لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين إذا الاثنان عبد الواحد. والتحالف

سقط عنه الحلف إذ البت أقوى ولو نكل يقضى عليه، وقيل هذا الفرع مشكل اهـ. أقول: وجه الإشكال أنه كيف يقضى عليه مع أنه غير مكلف إلى البت فنكوله عنه لعدم لزومه له فلا يكون بذلاً ولا إقراراً. ويزول الإشكال بأنه مسقط لليمين الواجبة عليه فاعتبر فيكون قضاء بعد نكول عن يمين مسقط للحلف عنه بخلاف عكسه، ولهذا يحلف ثانياً في صورة العكس لعدم سقوط الحلف عنه بها فنكوله عنه لعدم اعتباره والاجتزاء به فلا يقضى عليه بسببه تأمل.

باب التحالف

قوله: **(وقيد بالاختلاف في القدر لأنهما لو اختلفا الخ)** في نور العين عن قاضيخان: اختلف

....

قال في القاموس تحالفوا تعاهدوا اهـ. وفي المصباح: الحليف المعاهد يقال منه تحالفا إذا تعاهدا أو تعاقدا على أن يكون أمرهما واحداً في النصرة والحماية اهـ. وليس بمراد هنا وإنما المراد حلف المتعاقدين عند الاختلاف قوله: **(اختلفا في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن)** أي اختلف البائع والمشتري في قدر أحدهما وأقام أحدهما بينة قضي له لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها. وفي المصباح: البرهان الحجة وإيضاحها قيل النون زائدة وقيل أصلية، وحكى الأزهري القولين فقال في باب الثلاثي النون زائدة. وقوله برهن فلان مولد والصواب أن يقال أبره إذا جاء بالبرهان كما قال ابن الأعرابي. وقال في باب الرباعي برهن إذا أتى بحجته اهـ. اعلم أنه يدخل في الثمن رأس المال في المبيع المسلم فيه وقدمنا في بابه أنهما يتحالفان إذا اختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته أو قدر رأس المال أو المسلم فيه ويتحالفان ويفسخ السلم، ويدخل أيضاً ما في الكافي: عبد قطع عند البائع فقال البائع قطعه المشتري قبل البيع ولي عليه نصف القيمة وكل الثمن وقال المشتري قطعه البائع بعد البيع ولي الخيار بين أخذه بنصف الثمن أو تركه ولا بينة تحالفا، فإن حلفا أخذه المشتري بكل ثمنه أو ترك، وإن برهنا فلمشتريه، وإن اتفقا إن قاطعه بائعه أو مشتريه أو أجنبي وادعاه البائع قبل البيع والمشتري بعده فالقول والبينة لمشتريه اهـ. ويدخل في الاختلاف في المبيع ما في الكافي: ادعى أنه باعه هذا العبد بمائة دينار وقال المشتري ما اشتريت إلا نصفه بخمسمائة درهم فالقول لمشتريه في النصف وتحالفا في النصف فيحلف المشتري في النصفين يميناً واحدة، فإن نكل لزمه البيع بمائة دينار، وإن حلف لم يثبت البيع في أحد النصفين ويحلف بائعه، فإن نكل لزمه البيع بخمسمائة، وإن حلف فسخ البيع وتمامه فيه قوله: **(وإن برهنا فللمثبت الزيادة)** لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة. وأشار المؤلف إلى أنهما لو اختلفا في الثمن والمبيع فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشتري أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات، ولو حذف القدر لكان أولى لأن الاختلاف في وصف الثمن والجنس كذلك كما في الهداية في بيان الاختلاف في الأجل وسيأتي له مزيد اهـ. اختلفا في جنس الثمن وأقاما البينة فالبينة بينة من لا اتفاق على قوله، فلو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فبينة البائع أولى؛ كذا في النهاية.

المتبايعان أحدهما يدعي الصحة والآخر الفساد فالقول لمدعي الصحة والبينة لمدعي الفساد وفاقاً. وفي غير ظاهر الرواية عن أبي حنيفة من ادعى فساداً في صلب العقد فالقول له. ثم نقل عن الأشباه: اخلف المتبايعان في الصحة والفساد فالقول لمدعي الصحة؛ كذا في الخانية. ولو اختلفا في الصحة والبطلان فالقول لمدعي البطلان؟ كذا في البزازية. ثم قال: يقول الحقير: ما في البزازية محل نظر لما مر أن في غير ظاهر الرواية لو ادعى فساداً في صلب العقد فالقول له اهـ. ذكر هذا في بحث اختلاف المتبايعين من الفصل ٢٩.

عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا وبدأ بيمين المشتري وفسخ القاضي بطلب

قوله: (**وإن عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا**) أي استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإن كان قبل القبض فهو قياسي لأن كلاً منهما منكر، وأما بعده فاستحساني فقط لأن المشتري لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا». قيد بعدم رضاهما للإشارة إلى أن القاضي يقول لكل منهما إما أن ترضى بدعوى صاحبك وإلا فسخناه لأن المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان. ولو قال ولم يرض واحد منهما بدعوى صاحبه بدل قوله ولم يرضيا لكان أولى لأن شرط التحالف عدم رضا واحد لا عدم رضا كل منهما كما لا يخفى. وأشار بعجزهما إلى أن البيع ليس فيه خيار لأحدهما ولهذا قال في الخلاصة: إذا كان للمشتري خيار الرؤية أو خيار عيب أو خيار شرط لا يتحالفان اهـ. والبائع كالمشتري فالمقصود أن من له الخيار متمكن من الفسخ فلا حاجة إلى التحالف ولكن ينبغي أن البائع إذا كان يدعي لزيادة الثمن وأنكرها المشتري فإن خيار المشتري يمنع التحالف، وأما خيار البائع فلا. ولو كان المشتري يدعي زيادة المبيع والبائع ينكرها فإن خيار البائع بمنعه لتمكنه من الفسخ، وأما خيار المشتري فلا. هذا ما ظهر لي تخريجاً لا نقلاً. وفي الخلاصة معزياً إلى الفتاوى: رجل اشترى عبداً ثم اختلف البائع والمشتري في الثمن فقال البائع إن كنت بعته إلا بألف درهم فهو حر، وقال المشتري إن كنت اشتريته إلا بخمسمائة درهم فهو حر، فالبيع لازم ولا يعتق العبد ويلزمه من الثمن ما أقر به المشتري لأنه منكر للزيادة لأن البائع أقر أن العبد قد عتق فلا يمكن نقضه بعد العتق ولا يعتق لأن المشتري منكر للعتق اهـ. وقيد بالاختلاف في القدر لأنهما لو اختلفا فقال البائع بعته بالميتة وقال المشتري اشتريته بالدراهم فالقول قول البائع لأنه إنكار للبيع كما لو قال طلقت وأنا صبي؛ كذا في الخلاصة. ومن الاختلاف في القدر ما في الخلاصة معزياً إلى المحيط قال أبو سليمان: سمعت أبا يوسف فيمن باع طعاماً بعينه بعشرة وقال بعتك جزافاً بعشرة وقال المشتري اشتريت مكايلة يتحالفان، وكذا كل ما يكال أو يوزن. ولو كان هذا في ثوب فقال بعت ولم أسم ذرعاً وقال المشتري اشتريت مذارعة القول قول البائع، ولو قال اشتريت على أنه كذا وكذا ذراعاً كل ذراع بدرهم وقال البائع لم أسم ذراعاً فالقول قول المشتري ويتحالفان ويترادان على قول أبي يوسف ومحمد اهـ. وفي البزازية: اشترى مزبلة بخمسمائة ثم ادعى أنه اشترى الأرض أيضاً والبائع يدعي أنه باع الكناسة فقط يحكم الثمن إن صلح لهما قضى بهما، وإن مثله لا يكون إلا ثمن الكناسة قضى بها فقط لا الأرض، وكذا الحكم في الرواية مع الماء. وعن محمد فيمن له أجمة تساوي ألفاً وفيها قصب يساوي ألفاً فباع الأجمة بعشرة

....

آلاف ثم ادعى المشتري وقوع العقد على الأصل والبائع وقوع العقد على القصب أن العقد يفسد. ولو اشترى سرجاً وادعى أنه اشتراه بركابه أو خاتماً وادعى أنه بفصه وأنكر البائع يتحالفان ويترادان والبقالي. اختلفا في الثياب والجراب والنخلة والرطب وادعى البائع أحدهما والمشتري كليهما يحكم الثمن، فإذا استويا في العادة لم يجز، وعن الإمام فيمن اشترى عبداً بألف وقبضه وقبض البائع الثمن ثم زعم المشتري أنه كان مع العبد أمة بعينها دخلت في البيع وأنكره البائع يحلف بالله ما باعه الأمة معه ولا يرد شيئاً من الثمن. وقال الثاني بعد الحلف يرد عليه حصة الأمة من الثمن في الاستحسان، وكذا في كل ما يكون مثله في البيع فإذا كان شيئاً لا يكون مثله في البيع لا يصدق اهـ. وبهذا ظهر أن التحالف عند اختلافهما في قدر المبيع عند عدم تحكيم الثمن، أما إذا حكم الثمن فلا تحالف، والظاهر أن تحكيم الثمن خارج عن ظاهر الرواية فلا يعتمد عليه في المذهب. ثم اعلم أن التحالف في البيع لم ينحصر في الاختلاف في الثمن أو المبيع بل يجري في كل موضع يكون كل منهما مدعياً أو منكراً لما ذكره في الكافي: باع أمة وتقابضا فقال البائع هي لزيد أمرني ببيعها، وقال زيد بعتها منك بمائة دينار وقبضتها وبعت ملكك فهي للمشتري وتحالفا لأن البائع يدعي الأمر بالبيع والمقر له ينكر والمقر له يدعي عليه الثمن وهو ينكر؛ وإن حلفا فإن جهلت أنها للمقر له وكذبهما المشتري ضمن المقر قيمتها للمقر له، وإن كانت معروفة أنها للمقر له لا ضمان اهـ.

قوله: **(وبدأ بيمين المشتري)** وهذا قول محمد وأبي يوسف آخراً وهو رواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح، لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنه يطالب أولاً بالثمن أو لأنه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن. ولو بدأ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن، وكان أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أولاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع» خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم. أطلقه وهو مقيد ببيع العين بالدين، أما في بيع العين بالعين أو الدين بالدين فالقاضي مخير للاستواء. وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله تعالى ما باعه بألف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين. وقال في الزيادات: يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيداً، والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة «بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً». وفي شرح التلخيص من باب الاختلاف فيما يجب للبائع على المشتري وبالعكس مسألة الأصح فيها تقديم يمين البائع قوله: **(وفسخ القاضي بطلب أحدهما فلا ينفسخ البيع بحلفهما)** لأنه لم

قول المصنف: **(وبدأ بيمين المشتري)** قال الرملي: هذا إذا كان الاختلاف في الثمن، أما لو كان في المبيع يبدأ بيمين البائع كما يستفاد مما يأتي في الاختلاف في الإجارة تأمل اهـ. قلت: ووجهه

أحدهما ومن نكل لزمه دعوى الآخر وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن أو بعد هلاك المبيع أو بعضه أو في بدل الكتابة أو في رأس المال بعد إقالة السلم لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه وإن اختلفا في مقدار الثمن بعد

يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة، أو يقال إذا لم يثبت البدل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد، ولا بد من الفسخ في فاسد البيع فلو كان المبيع جارية فللمشتري وطؤها، ولو فسد بنفس التحالف لم يحل له؛ كذا في النهاية معزياً إلى المبسوط. وقيد بطلب أحدهما لأنه لا يفسخه بدون طلب أحدهما؛ كذا في المعراج. وظاهر ما ذكره الشارحون أنهما لو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضي وإن فسخ أحدهما لا يكتفى وإن اكتفى بطلب أحدهما قوله: **(ومن نكل لزمه دعوى الآخر)** لأنه جعل باذلاً فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته، وهذا كله إذا كان الإختلاف في البدل مقصوداً، فإن كان في ضمن شيء كاختلافهما في الزق فلا تحالف والقول للمشتري في أنه الزق لأنه اختلاف في المقبوض والقول فيه قول القابض وتقدم بيانه في البيع الفاسد. ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى حكم الاختلاف في الوصف وفيه تفصيل؛ فإن كان في وصف الثمن تحالفا، وإن كان في وصف المبيع كما لو قال المشتري اشتريت هذا العبد على أنه كاتب أو خباز فقال البائع لم أشترط فالقول للبائع ولا تحالف؛ كذا في الظهيرية.

قوله: **(وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن أو بعد هلاك المبيع أو بعضه أو في بدل الكتابة أو في رأس المال بعد إقالة السلم لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه)** أما الاختلاف في الأجل والشرط والقبض فلأنه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء، وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن أو جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه فالقول لمنكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض فقد جزموا هنا بأن القول لمنكر الخيار كما علمت. وذكروا في خيار الشرط فيه قولين قدمناهما في بابه والمذهب ما ذكروه هنا. ويستثنى من الاختلاف في الأجل ما لو اختلفا في الأجل في السلم بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر فإن القول فيه لمدعيه عند الإمام لأن فيه شرط وتركه فيه مفسد للعقد، وإقدامهما عليه يدل على الصحة فكان القول لمدعيه لأن الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه

ظاهر لكن عبارة ابن الكمال: وحلف المشتري أولاً في الصور الثلاث الخ. يعني الاختلاف في الثمن أو في المبيع أو فيهما وهو مخالف أيضاً لظاهر التعليل بقوله «لأن المشتري أشدهما إنكار الخ» تأمل.

....

لأنه لا تعلق له بالصحة والفساد فيه فكان القول لنا فيه، ولهذا لو شهد أحدهما بالبيع بألف إلى شهر وشهد الآخر أنه باعه بألف ولم يذكر الأجل تقبل كما لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار إلى ثلاث ولم يذكر الآخر الخيار، ولو كان وصفاً للثمن لما قبل؛ كذا ذكر الشارح.
أطلق الاختلاف في الأجل فشمل الاختلاف في أصله وفي قدره فالقول لمنكر الزائد بخلاف ما لو اختلفا في مقدار الأجل في السلم فإنهما يتحالفان كما قدمناه في بابه. وخرج الاختلاف في مضيه فإن القول فيه للمشتري لأنه حقه وهو منكر استيفاء حقه؛ كذا في النهاية. وفي الظهيرية من البيوع من الفصل الثالث قال محمد بن الحسن في رجلين تبايعا شيئاً واختلفا في الثمن فقال المشتري اشتريت هذا الشيء بخمسين درهماً إلى عشرين شهراً على أن أؤدي إليك كل شهر درهمين ونصفاً وقال البائع بعتكه بمائة درهم إلى عشرة أشهر على أن تؤدي إلي كل شهر عشرة دراهم وأقاما البينة قال محمد: تقبل شهادتهما ويأخذ البائع من المشتري ستة أشهر كل شهر عشرة، وفي الشهر السابع سبعة ونصفاً، ثم يأخذ بعد ذلك كل شهر درهمين ونصفاً إلى أن تتم له مائة لأن المشتري أقر له بخمسين درهماً على أن يؤدي إليه كل شهر درهمين ونصفاً وبرهن دعواه بالبينة وأقام البائع البينة بزيادة خمسين على أن يأخذ من هذه الخمسين مع ما أقر له به المشتري في كل شهر عشرة فالزيادة التي يدعيها البائع في كل شهر سبعة ونصف، وما أقر به المشتري له في كل شهر درهمان ونصف، فإذا أخذ في كل شهر عشرة فقد أخذ في كل ستة أشهر مما ادعاه خمسة وأربعين، ومما أقر به المشتري خمسة عشر بقي إلى تمام ما يدعيه من الخمسين خمسة فيأخذها البائع مع ما يقر به المشتري في كل شهر وذلك سبعة ونصف، ثم يأخذ بعد ذلك في كل شهر درهمين ونصفاً إلى عشرين شهراً حتى تتم المائة، وهذه مسألة عجيبة يقف عليها من أمعن النظر فيما ذكرناه اهـ.

وفي كافي المصنف: اشترى عبدين صفقة أو صفقتين أحدهما بألف حال والآخر بألف مؤجل إلى سنة فرد أحدهما بعيب فقال المشتري ثمن المردود حال وقال البائع مؤجل فالقول للبائع ولم يتحالفا لأنه اختلاف في الأجل، وكذا لو اشتراهما بمائة في صفقة وقبضهما ومات أحدهما في يده ورده الآخر بعيب واختلفا في قيمة المردود فالقول للبائع، ولو كان ثمن أحدهما دراهم وثمن الآخر دنانير وقبضهما البائع واختلفا في ثمن الباقي بعد رد أحدهما بالعيب فقال المشتري ثمنه دراهم فرد لي الدنانير وعكس البائع فالقول للمشتري مع يمينه إن ماتا ولا تحالف خلافاً لمحمد، وإن كانا قائمين تحالفا إجماعاً. وكذا إذا اختلفا في الصفقة فادعى البائع اتحاد الثمن والمشتري تعدده فالقول للمشتري. وفي القنية: لو اختلفا في خيار الشرط وأقاما البينة فبينة مدعي خيار الشرط أولى اهـ. والاختلاف في قدره كالاختلاف في أصله؛ كذا في المعراج. والتقييد بقبض بعض الثمن اتفاقي إذ الاختلاف في قبض كله كذلك وهو قبول قول البائع، وإنما لم يذكره باعتبار أنه مفروغ عنه بمنزلة سائر الدعاوى؛ كذا في

....

النهاية. وأشار بالأجل والخيار إلى الاختلاف في شرط الرهن أو شرط الضمان أو العهدة بالمال فلا تحالف والقول للمنكر كما في المعراج، وبالاختلاف في قبض الثمن إلى الاختلاف في حط البعض أو إبراء الكل كما في المعراج أيضاً. وأما إذا اختلفا بعد هلاك المبيع فلا تحالف عندهما والقول قول المشتري إلا إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري كما سنذكره عند قوله «وإن اختلفا في مقدار الثمن بعد الإقالة». وقال محمد: يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك، وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب له أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره، وأنه يفيد دفع زيادة

قوله: **(وأما إذا اختلفا بعد هلاك المبيع)** قال في معراج الدراية: قوله «فإن هلك المبيع» أي بعد قبض الثمن إذ قبل قبضه ينفسخ العقد بهلاكه ثم اختلفا أي في مقدار الثمن؛ هكذا ذكر في المبسوط اهـ قوله: **(أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب)** قال في الكفاية بأن زاد زيادة متصلة أو منفصلة. وفي شرح درر البحار: أو تغير إلى زيادة منشؤها الذات بعد القبض متصلة كانت أو منفصلة كولد وأرش وعقر، وإذا تحالفا عند محمد يفسخ على القيمة إلا إذا اختار المشتري رد العين مع الزيادة. ولو لم تنشأ من الذات سواء كانت من حيث السعر أو غيره كانت قبل القبض أو بعده يتحالفان اتفاقاً ويكون الكسب للمشتري اتفاقاً اهـ. قال الرملي: وقد صرحوا بأن الزيادة المتصلة بالمبيع التي لم تتولد من الأصل مانعة من الرد كالغرس والبناء وطحن الحنطة وشي اللحم وخبز الدقيق، فإذا وجد شيء من ذلك لا تحالف عندهما خلافاً لمحمد والله تعالى أعلم. ولم يذكر هذا الشارح ولا غالب الشروح والفتاوى اختلافهما بعد الزيادة ولا بعد موت المتعاقدين أو أحدهما مع شدة الحاجة إلى ذلك، وقد ذكر ذلك مفصلاً في التتارخانية فارجع إليه إن شئت. ثم بحثت في الكتب فرأيت ابن ملك قال في شرح المجمع؛ اعلم أن مسألة التغير مذكورة في المنظومة وقد أهملها المصنف ثم تغيره إلى زيادة إن كان من حيث الذات بعد القبض متصلة كانت أو منفصلة متولدة من عينها كالولد أو بدل العين كالأرش والعقر يتحالفان عند محمد خلافاً لهما، وإذا تحالفا يترادان القيمة عنده إلا إن شاء المشتري أن يرد العين مع الزيادة. وقيل: يترادان رضي المشتري أو لا. قيدنا الزيادة بقولنا من حيث الذات لأنها لو كانت من حيث السعر يتحالفان سواء كان قبل القبض أو بعده. وقيدنا بقولنا متولدة من عينها لأنها لو لم تكن كذلك يتحالفان اتفاقاً ويكون الكسب للمشتري عندهم جميعاً. وفي التتارخانية وفي التجريد؛ وإن وقع الاختلاف بين ورثتهما أو بين ورثة أحدهما وبين الحي فإن كان قبل قبض السلعة يتحالفان بالإجماع. وفي شرح الطحاوي: إلا أن اليمين على الورثة على العلم وإن كان بعد القبض فكذلك عند محمد. وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يتحالفان. وفي شرح الطحاوي: والقول قول المشتري أو قول ورثته بعد وفاته. وفيها وفي الخلاصة: رجل اشترى شيئاً فمات البائع أو المشتري ووقع الاختلاف في الثمن بين الحي وورثة الميت إن مات البائع؛ فإن كانت السلعة في يد الورثة يتحالفان، وإن كانت السلعة في يد الحي لا يتحالفان عندهما. وقال محمد: يتحالفان. هذا إذا

....

الثمن فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة. ولهما أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه، ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعى من الفائدة ما يوجب العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته. وهذا إذا كان الثمن ديناً، فإن كان عيناً يتحالفان لأن المبيع كل منهما فكان قائماً ببقاء المعقود عليه فيرده ويرد الآخر مثل الهالك إذا كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً بخلاف ما إذا اختلفا في جنس الثمن بأن ادعى أحدهما أنه دراهم والآخر أنه دنانير لأنهما لم يتفقا على ثمن فلا بد من التحالف للفسخ، وهنا اتفقا عليه وهو كافٍ للصحة. وبهذا علم أن الاختلاف في جنس الثمن كالاختلاف في قدره إلا في مسألة هي ما إذا كان المبيع هالكاً.

وفي الظهيرية إبراهيم عن محمد في رجل اشترى تبناً في موضعين بكذا درهماً وقبض تبن أحد الموضعين وذهب الريح بتبن الموضع الآخر واختلفا في مقدار ما قبض وما ذهب، فإن كان ما قبض قائماً تحالفا أو ترادا، وإن كان مستهلكاً فالقول قول المشتري في قياس قول أبي حنيفة. وقال محمد: يتحالفان ويرد المشتري مثل ما أخذ من التبن والقول فيه قوله اهـ. وفي إيضاح الكرماني: لو اختلفا بعد هلاك الجارية في يد المشتري فادعى البائع أن الثمن عين وهو هذا العبد أو ادعى المشتري أن الثمن عين وادعى البائع أن الثمن دين لم ينظر إلى دعوى البائع وإنما ينظر إلى دعوى المشتري لأن المبيع في جانب البائع هالك فكان القول في الثمن قول المشتري، فإن أقر بالدين فالقول قوله، وإن أقر بالعين يتحالفا لأن المبيع في جانبه قائم. ولو تحالفا وقد هلك أحد العوضين من يد الآخر رد مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن لم يكن له مثل لأن العقد قد انفسخ فبقي مقبوضاً من غير عقد فصار كالغاصب اهـ. وفي كافي المصنف: ادعى شراء أمة قبضها وماتت بألف وبهذا الوصيف وقيمته خمسمائة وقال البائع

مات البائع، فإن مات المشتري والسلعة في يد البائع يتحالفان عند الكل، وإن كانت السلعة في يد ورثة المشتري عندهما لا يتحالفان وعلى قول محمد يتحالفان. وهلاك العاقد بمنزلة المعقود عليه. وممن ذكر مسألة التغير بالزيادة والنقص الاختيار والمنهاج والتغير بالعيب الدرر والغرر والله أعلم. واقعة حال اختلف المشتري مع الوكيل بقبض الثمن هل يجري التحالف بينهما؟ وقد كتبت الجواب: لا يجري إذ الوكيل بالقبض لا يحلف وإن ملك الخصومة عند الإمام فيدفع الثمن الذي أقر به له، وإذا حضر الموكل المباشر للعقد وطلبه بالزيادة يتحالفان حينئذ اهـ. قوله: (**بخلاف ما إذا اختلفا في جنس الثمن**) أي بعد هلاك المبيع وهذا مقابل لقوله «وأما إذا اختلفا بعد هلاك المبيع الخ» فإن هناك الاختلاف في مقدار الثمن كما قدمناه عن المعراج فصحت المقابلة قوله: (**وبهذا علم**) أي بقوله بخلاف ما إذا اختلفا في جنس الثمن.

. . . .

بعت بألفين حلف المشتري في ثلثي الأمة وتحالفا في ثلثها، وبعكسه حلف المشتري. وفيه: اختلفا في موت المبيع عند أحدهما فبرهن البائع أنه مات عند المشتري بعد القبض وبرهن المشتري أنه مات في يد البائع قبل القبض فالبينة لبائعه، وإن وقفا فلا سابق والقتل كالموت، لو برهن المشتري أن البائع قتله بعد البيع بيوم فبرهن البائع أن المشتري قتله بعد البيع بيومين فالبينة للمشتري للسبق اهـ. وأما إذا اختلفا أي المولى والمكاتب في بدل الكتابة أي في قدره فعدم التحالف في قول الإمام الأعظم، والقول للعبد مع يمينه. وقالا: يتحالفان وتفسخ الكتابة كالبيع بجامع قبول الفسخ. وله أن التحالف في المعاوضات اللازمة وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب مطلقاً فلم تكن في معنى البيع، ولأن فائدته النكول ليقضى عليه والمكاتب لا يقضى عليه به، وإن أقام أحدهما بينة قبلت، وإن أقاماها فبينة المولى أولى لإثباتها الزيادة لكن يعتق بأداء قدر ما برهن عليه ولا يمنع وجوبه بدل الكتابة بعد عتقه كما لو كاتبه على ألف على أنه إن أدى خمسمائة عتق، وكما لو استحق البدل بعد الأداء. وأما إذا اختلفا أي رب السلم والمسلم إليه بعد إقالة عقد السلم في مقدار رأس المال لم يتحالفا والقول للمسلم إليه مع يمينه ولا يعود السلم لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود بخلاف البيع كما سيأتي. وينبغي أخذاً من تعليلهم أنهما لو اختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته بعدها فالحكم كذلك ولم أره صريحاً. واعلم أن حكم رأس المال بعد الإقالة كحكمه قبلها فلا يجوز الاستبدال به بعدها إلا في مسألتين لا تحالف إذا اختلفا فيه بعدها بخلاف ما قبلها، ولا يشترط لصحتها قبضه قبل الافتراق بخلاف ما قبلها وهذه قدمناها في بابه. وقيد بالاختلاف بعدها لأنهما لو اختلفا قبلها في قدره تحالفا كالاختلاف في جنسه ونوعه وصفته كالاختلاف في المسلم فيه في الوجوه الأربعة على ما قدمناه. وقد علم من تقريرهم هنا أن الإقالة تقبل الإقالة إلا في إقالة السلم وأن الإبراء لا يقبلها وقد كتبناه في الفوائد.

قوله: **(وإن اختلفا في مقدار الثمن بعد الإقالة تحالفا)** أي اختلف البائع والمشتري في مقداره بأن قال المشتري كان الثمن ألفاً وقال البائع خمسمائة ولا بينة لهما فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول. أطلقه وهو مقيد بما إذا كان كل من المبيع والثمن مقبوضاً ولم يرده المشتري إلى بائعه، فأما إذا رد المشتري المبيع إليه بحكم الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً، وهما قالا: كان ينبغي أن لا تحالف مطلقاً لأنه إنما ثبت في البيع المطلق بالسنة والإقالة فسخ في حقهما إلا أنه قبل القبض على وفق القياس فوجب القياس عليه كما قسنا الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري قوله: **(وإن اختلفا**

قوله: **(وبعكسه حلف)** أي لو ادعى البائع المبيع بألف وهذا الوصيف والمشتري الشراء بألفين.

الإقالة تحالفا وإن اختلفا في المهر قضى لمن برهن وإن برهنا فللمرأة وإن عجزا تحالفا ولم يفسخ النكاح بل يحكم مهر المثل فيقضى بقوله لو كان كما قال أو أقل وبقولها لو كان كما قالت أو أكثر وبه لو بينهما ولو اختلفا في الإجارة قبل الاستيفاء تحالفاً وبعده

في المهر قضى لمن برهن) أي الزوجان لو اختلفا في المهر قضى لمن برهن لأنه فور دعواه بالحجة قوله: **(وإن برهنا فللمرأة)** فإنها تثبت الزيادة. أطلقه وهو مقيد بما إذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعي الزوج أو أقل لأن بينتها أثبتت خلاف الظاهر، وأما إذا كان يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه أو أكثر فبينته أولى لإثباتها الحط وهو خلاف الظاهر، وإن كان لا يشهد لكل منهما بأن كان بينهما فالصحيح التهاتر ويجب مهر المثل. وأطلق الاختلاف في المهر فشمل ما إذا اختلفا في قدره كألف وألفين أو في جنسه كقوله هو هذا العبد وقالت هذه الجارية إلا في فصل واحد وهو أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها كما في الظهيرية والهداية. ولم يذكر حكمه بعد الطلاق قبل الدخول وحكمه كما في الظهيرية أن لها نصف ما ادعاه الزوج، وفي مسألة العبد والجارية لها المتعة إلا أن يتراضيا على أن تأخذ نصف الجارية اهـ قوله: **(وإن عجزا تحالفا ولم يفسخ النكاح)** لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ. ولم يذكر المؤلف البداءة بيمين من وفي الظهيرية: ويبدأ بيمين الزوج لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه اهـ. قوله: **(بل يحكم مهر المثل فيقضى بقوله لو كان كما قال أو أقل وبقولها لو كان كما قالت أو أكثر وبه لو بينهما)** وهذا أعني التحالف أولاً ثم التحكيم قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار به مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها، وأما على تخريج الرازي فالتحكيم قبل التحالف وقد قدمناه في المهر مع بيان اختلاف التصحيح وخلاف أبي يوسف قوله: **(ولو اختلفا في الإجارة قبل الاستيفاء تحالفا)** لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفق القياس والإجارة قبل الاستيفاء نظيره. أطلقه فشمل الاختلاف في البدل أو المبدل كما في الهداية، ومع القصار كما في منية المفتي، ولا يشمل ما إذا ادعى المالك الأجر ونفاه الساكن والقول للمستأجر، وكذا إذا نزل الخان واختلفا والفتوى على وجوب الأجر إلا إذا عرف بخلافه وتمامه في البزازية. وفي التهذيب: الاختلاف في قدر المدة يوجب التحالف اهـ. فإن وقع الاختلاف في الأجرة بدأ بيمين المستأجر لكونه منكراً وجوبها، وإن وقع في المنفقة بدأ بيمين المؤجر، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، وأيهما برهن قبل؛ فإن برهنا فبينة المؤجر أولى في الأجرة، وبينة المستأجر أولى في المنافع. وإن كان

قوله: **(ولم يذكر المؤلف البداءة بيمين من الخ)** قال الرملي: قدم هذا الشارح في باب المهر نقلاً عن غاية البيان أنه يقرع بينهما يعني استحباباً لأنه لا رجحان لأحدهما على الآخر. واختار في

لا والقول قول المستأجر والبعض معتبر بالكل وإن اختلف الزوجان في متاع البيت

الاختلاف فيهما قبلت بينة كل منهما فيما يدعيه من الفضل نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة.

قوله: **(وبعده لا والقول قول المستأجر)** أي لو اختلفا بعد الاستيفاء فلا تحالف وهذا عندهما ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وكذا على أصل محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها. ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد، وتبين أنه لا عقد، وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه، ونظير هذه المسألة في التفصيل إجارة الفضولي إن أجازها المالك قبل الاستيفاء فالأجرة له، وإن بعده فللعاقد، وإن في بعض المدة فالماضي للعاقد والمستقبل للمالك كما في منية المفتي قوله: **(والبعض معتبر بالكل)** يعني لو اختلفا بعد استيفاء البعض تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل. وفي إجارات البزازية المستأجر إن كان هو المدعي فهو يدعي العقد قبل مضي المدة وبعدها، وإن الآجر فهو مدع قبل قبضها وبعد المضي فهو مدعي العين اهـ. ثم اعلم أن المراد بالاستيفاء التمكن منه في المدة وبعدمه عدمه لما عرف أنه قائم مقامه في وجوب الأجر. ومن فروع التنازع في الإجارة ما في منية المفتي: ادعى اثنان عيناً أحدهما إجارة والآخر شراء فأقر المدعى عليه للمستأجر فلمدعي الشراء أن يحلفه على دعوى الشراء، ولو ادعيا إجارة فأقر لأحدهما ليس للآخر أن يحلفه. أجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فأقام الأول بينة، فإن كان الأجر حاضراً تقبل عليه البينة، وإن كان مقراً بما يدعي عليه هذا المدعي وإن كان غائباً لا تقبل اهـ. قوله: **(وإن اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له)** لأن الظاهر شاهد له. والمتاع لغة كل ما ينتفع به كالطعام والبر وأثاث البيت، وأصله ما ينتفع به من الزاد وهو اسم من متعته بالتثقيل إذا أعطيته ذلك والجمع أمتعة؛ كذا في المصباح. ومرادهم من المتاع هنا ما كان في البيت ولو ذهباً أو فضة كما سيأتي في المشكل. قالوا: والصالح له العمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والفرس والدرع

الظهيرية والولوالجية وشرح الطحاوي وكثير أنه يبدأ بيمين الزوج لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه كتقديم المشتري على البائع والخلاف في الأولوية اهـ. قوله: **(لأن أول التسليمين عليه)** التسليمان هما تسليم الزوج المهر وتسليم المرأة نفسها قوله: **(ومع القصار)** قال الرملي: أي وشمل الاختلاف مع القصار تأمل.

قوله: **(ومرادهم من المتاع هنا ما كان في البيت)** الأولى أن يقول البيت وما كان فيه بدليل ما

....

الحديد. فالقول في ذلك له مع يمينه، وما يصلح لها الخمار والدرع والأساورة وخواتم النساء والحلي والخلخال ونحوها فالقول لها فيها مع اليمين قالوا: إلا إذا كان الزوج يبيع ما يصلح لها فالقول له لتعارض الظاهرين، وكذا إذا كانت تبيع ما يصلح له لا يقبل قوله لما ذكرنا. وفي الخانية: ولو اختلفا في متاع النساء وأقاما البينة يقضى للزوج. أطلق الزوجين فشمل المسلمين والمسلم مع الذمية والحرين والمملوكين والمكاتبين كما في البدائع، والزوجين الكبيرين والصغيرين إذا كان الصغير يجامع كما في خزانة الأكمل، وأما إذا كان أحدهما حراً والآخر مملوكاً فسيأتي. وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح وما بعد الفرقة كما في الكافي، وما إذا كان البيت ملكاً لهما أو لأحدهما خاصة كما في خزانة الأكمل لأن العبرة لليد لا للملك؛ كذا في البدائع.

وفي القنية من باب ما يتعلق بتجهيز البنات: افترقا وفي بيتها جارية نقلتها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاها فالقول له لأن يده قد كانت ثابتة ولم يوجد المزيل اهـ. وبه علم أن سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لهما لا يبطل دعواه وفي البدائع:

يذكره في المقولة الآتية من عدة العقار والمنزل من المتاع الصالح لهما تأمل قوله: **(والفرس والدرع الحديد)** قال الرملي: وكذا القوس وهنا ثلاثة ألفاظ: الفرس بالفاء والراء والسين المهملة وهو الحيوان المخصوص، والقوس بالقاف والواو والسين المهملة، والفرش بالفاء والراء والشين المعجمة. الأولان مما يصلح له، والثالث مما يصلح لهما وربما تصحف بعضها فضبطتها لذلك والله أعلم قوله: **(قالوا إلا إذا كان الزوج يبيع الخ)** مثله في معراج الدراية عن التمرتاشي، ومثله في الكفاية وشرح الزيلعي وعبارة النهاية كذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجل وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والأمتعة والعقار فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر أقوى منه وهو الاختصاص بالاستعمال فإن ما هو صالح للرجال فهو مستعمل الرجال، وما هو مستعمل للنساء فهو مستعمل النساء، فإذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال اهـ. ومثله في العناية. وفي الشرنبلالية: قوله إلا إذا كان كل منهما يفصل أو يبيع ما يصلح للآخر ليس على ظاهره في عموم نفي قول أحدهما بفعل أو بيع الآخر ما يصلح له لأن المرأة إذا كانت تبيع ثياب الرجال أو ما يصلح لهما فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها للزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه عارض يد الزوج أقوى منه وهو الاختصاص بالاستعمال كما في العناية ويعلم مما سيذكره المصنف اهـ. ولعل في المسألة قولين تأمل قوله: **(وشمل اختلافهما حال بقاء النكاح وما بعد الفرقة)** قال الرملي: في لسان الحكام ما يخالف ذلك فارجع إليه ولكن الذي هنا هو الذي مشى عليه الشراح قوله: **(وفي البدائع هذا كله الخ)** ظاهره ولو كان مما يختص بالنساء تأمل. وينبغي تقييده بما لم يكن من ثياب الكسوة

....

هذا كله إذا لم تقر المرأة أن هذا المتاع اشتراه، فإن أقرت بذلك سقط قولها لأنها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت الانتقال إلا بالبينة اهـ. وكذا إذا ادعت أنها اشترته منه كما في الخانية، ولا يخفى أنه لو برهن على شرائه كان كإقرارها بشرائه منه فلا بد من بينة على الانتقال إليها منه بهبة أو نحو ذلك، ولا يكون استمتاعها بمشريه ورضاه بذلك دليلاً على أنه ملكها ذلك كما تفهمه النساء والعوام، وقد أفتيت بذلك مراراً. وقيد باختلاف الزوجين للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه فإن متاع النساء بينهن على السواء إن كن في بيت واحد، وإن كانت كل واحدة منهن في بيت على حدة فما في بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ما وصفنا ولا يشترك بعضهن مع بعض؛ كذا في خزانة الأكمل والخانية، وللاحتراز عن اختلاف الأب مع بنته في جهازها وقد بيناه في النكاح. وحاصله أن المفتى به أن العرف إن كان مستمراً أن الأب يجهزها ملكاً لا عارية فالقول لها ولورثتها من بعدها، وإن كان العرف مشتركاً كعرف مصر فالقول للأب ولورثته من بعده، وللاحتراز عن اختلاف الأب وابنه فيما في البيت. قال في الخزانة قال أبو يوسف: إذا كان الأب في عيال الابن في بيته فالمتاع كله للابن كما لو كان الابن في بيت الأب وعياله فمتاع البيت للأب اهـ. ثم قال قال محمد: رجل زوج بنته وهي وختنه في داره وعياله ثم اختلفوا في متاع البيت فهو للأب لأنه في بيته وفي يده ولهم ما عليهم من الثياب اهـ. وجزم في الخانية بما قاله أبو يوسف، وللاحتراز أيضاً عن إسكافي وعطار اختلفا في آلة الأساكفة أو آلة العطارين وهي في أيديهما فإنه يقضى به بينهما ولا ينظر إلى ما يصلح لأحدهما لأنه قد يتخذه لنفسه أو للبيع فلا يصلح مرجحاً، وللاحتراز عما إذا اختلف المؤجر والمستأجر في متاع البيت فإن القول فيه للمستأجر لكون البيت مضافاً إليه بالسكنى وهما في شرح الزيلعي، وللاحتراز عن اختلاف الزوجين في غير متاع البيت وكان في أيديهما فإنهما كالأجنبيين يقسم بينهما قوله: **(وله فيما يصلح لهما)** أي القول له في متاع يصلح للرجل وللمرأة لأن المرأة وما في يدها في يد

الواجبة على الزوج تأمل قوله: **(فلا يثبت الانتقال إلا بالبينة)** نسخة البدائع إلا بدليل؛ كذا بخط شيخ مشايخنا منلاعلي التركماني قوله: **(فإن متاع النساء بينهن على السواء)** أي أرباعاً كما في المنح عن السراج أي إن كن أربعاً قوله: **(في بيت على حدة)** أي في مسكين من الدار تأمل قوله: **(إذا كان الأب في عيال الابن في بيته فالمتاع كله للابن الخ)** انظر هل يأتي التفصيل هنا كما ذكروه في الزوجين بأن يكون أحدهما عالما والآخر جاهلاً وفي البيت كتب ونحوها مما يصلح لأحدهما فقط، وكذا لو كانت البنت في عيال أبيها فهل لها ثياب النساء؟ ويقع كثيراً أن البنت يكون لها جهاز فيطلقها زوجها فتسكن في بيت أبيها، فهل يكون كمسألة الزوجين أو كمسألة الإسكاف والعطار الآتية؟ لم أره فليراجع قوله: **(وبه علم أن البيت للزوج)** البيت المسكن وبيت الشعر معروف. مصباح. والبيت اسم لمسقف واحد. مغرب. ولم يذكر الدار وإن كان داخلاً في العقار فالظاهر أن

فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له وله فيما يصلح لهما فإن مات أحدهما فللحي ولو أحدهما مملوكاً فللحر في الحياة وللحي في الموت.

الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه يعارضه ظاهر أقوى منه. ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف حال قيام النكاح أو بعدما وقعت الفرقة وما يصلح لهما الفرش والأمتعة والأواني والرقيق والمنزل والعقار والمواشي والنقود كما في الكافي. وبه علم أن البيت للزوج إلا أن يكون لها بينة وعزاه في خزانة الأكمل إلى الإمام الأعظم. وفي الخانية: ولو أقاما البينة يقضى ببينتها لأنها خارجة معنى. وشمل كلام المؤلف ما إذا كانت المرأة في ليلة الزفاف وهو خلاف المتعارف في الفرش ونحوها ولهذا قال في خزانة الأكمل: لو ماتت المرأة في ليلتها التي زفت إليه في بيته لا يستحسن أن يجعل متاع الفرش وحلي النساء وما يليق بهن للزوج والطنافس والقماقم والأباريق والصناديق والفرش والخدم واللحف للنساء، وكذا ما يجهز مثلها إلا أن يكون الرجل معروفاً بتجارة جنس منها فهو له اهـ. وبه علم أن أبا يوسف استثنى في حال موتها من كون ما يصلح لهما له ما إذا كان موتها ليلة الزفاف فكذا إذا اختلفا حال الحياة فيما يصلح لهما فالقول له إلا إذا كان الاختلاف ليلة الزفاف فالقول لها في الفرش ونحوها لجريان العرف غالباً من أن الفرش وما ذكر من الصناديق والخدم تأتي به المرأة، وينبغي اعتماده للفتوى إلا أن يوجد نص في حكمه ليلة الزفاف عن الإمام بخلافه فيتبع. واعلم أن قاضيخان في الفتاوى جعل الصندوق مما يصلح لها فقط وينبغي أن يجعل مما يصلح لهما قوله: **(فإن مات أحدهما فللحي)** أي مات أحد الزوجين واختلف وارثه مع الحي فيما يصلح لهما لأن اليد للحي دون الميت. قيد بكونهما زوجين للاحتراز عما إذا طلقها في المرض ومات الزوج بعد انقضاء العدة كان المشكل لوارث الزوج لأنها صارت أجنبية لم يبق لها يد، وإن مات قبل انقضاء العدة كان المشكل للمرأة في قول أبي حنيفة لأنها ترث فلم تكن أجنبية فكان هذا بمنزلة ما لو مات الزوج قبل الطلاق كما في الخانية. وفي خزانة الأكمل: ولو مات الزوج فقالت الورثة قد كان الزوج طلقك في حياته ثلاثاً لم يصدقوا في حق الأمتعة، والقول قولها مع يمينها بالله ما تعلم أنه طلقها ثلاثاً في صحته أو مرضه وقد مات بعد انقضاء عدتها فما كان من متاع الرجال والنساء فهو لورثة الزوج، وإن مات في عدة المرأة فهو للمرأة كأنه لم يطلق اهـ.

قوله: **(ولو أحدهما مملوكاً فللحر في الحياة وللحي في الموت)** لأن يد الحر أقوى ولا يد للميت فخلت يد الحر عن المعارض. أطلق المملوك فشمل المأذون والمكاتب وجعلاهما

حكمه مثل البيت بدليل ما نقله الشارح في باب الدخول والخروج عن الكافي حيث قال: وأما في عرفنا فالدار والبيت واحد فيحنث إن دخل صحن الداخل وعليه الفتوى اهـ. إلا أن يفرق بين هذا وبين اليمين. أقول: والذي نقله الشارح فيما يأتي أنها للزوج على قولهما ويؤيد ما قدمناه فللّه الحمد

....

كالحر لأن لهما يداً معتبرة. وفي خزانة الأكمل: وإن أعتقت الأمة فاختارت نفسها فما في البيت قبل عتقها فهو للرجل، وما بعد العتق قبل أن تختار نفسها فهو على ما وصفنا في الطلاق اهـ. وفي مسألة اختلاف الزوجين تسعة أقوال مذكورة في الخانية إجمالاً: الأول ما في الكتاب وهو قول الإمام. الثاني قول أبي يوسف للمرأة جهاز مثلها والباقي للرجل يعني في المشكل في الحياة والموت. الثالث قول ابن أبي ليلى المتاع كله له ولها ما عليها فقط. الرابع قول ابن معن وشريك هو بينهما. الخامس قول الحسن البصري كله لها وله ما عليه، السادس قول شريح البيت للمرأة. السابع قول محمد في المشكل للزوج في الطلاق والموت ووافق الإمام فيما لا يشكل الثامن قول زفر المشكل بينهما. التاسع قول مالك الكل بينهما. هكذا حكى الأقوال في خزانة الأكمل. ولا يخفى أن التاسع هو الرابع. ثم اعلم أن هذا إذا لم يقع التنازع بينهما في الرق والحرية والنكاح وعدمه فإن وقع قال في الخانية: ولو كانت الدار في يد رجل وامرأة فأقامت المرأة البينة أن الدار لها وأن الرجل عبدها وأقام الرجل البينة أن الدار له والمرأة امرأته تزوجها بألف درهم ودفع إليها ولم يقم البينة أنه حر يقضى بالدار والرجل للمرأة، ولا نكاح بينهما لأن المرأة أقامت البينة على رق الرجل والرجل لم يقم البينة على الحرية فيقضى بالرق، وإذا قضى بالرق بطلت بينة الرجل في الدار والنكاح ضرورة، وإن كان الرجل أقام البينة أنه حر الأصل والمسألة بحالها يقضى بحرية الرجل ونكاح المرأة، ويقضى بالدار للمرأة لأنا لما قضينا بالنكاح صار الرجل في الدار صاحب يد والمرأة خارجة فيقضى بالدار لها كما لو اختلف الزوجان في دار في أيديهما كانت الدار للزوج في قولهما. ولو اختلفا في المتاع والنكاح فأقامت البينة أن المتاع لها وأنه عبدها وأقام أن المتاع له وأنه تزوّجها بألف ونقدها فإنه يقضى به عبداً لها وبالمتاع أيضاً لها، وإن برهن على أنه حر الأصل قضي له بالحرية وبالمرأة والمتاع إن كان متاع النساء، وإن كان مشكلاً قضي بحريته وبالمرأة والمتاع لها اهـ. وأما مسألة اختلافهما في الغزل والقطن فمذكورة في الخانية عقب ما ذكرناه عنها تركتها طلباً للاختصار. ثم اعلم أن أصحابنا عملوا بالظاهر في مسائل منها: مسألة اختلافهما في متاع البيت فرجحوه فيما يصلح له وهي فيما يصلح لها عملاً بالظاهر. وفي خزانة الأكمل من آخر الدعاوى قال ظاهر ثم قال في نوادر هشام عن محمد: رجل يعرف بالحاجة والفقر ليس ببيته إلا بورية ملقاة صار بيده غلام عرف باليسار وعلى عتق العبد بدرة فيها عشرون ألف دينار فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب الدار فهو للذي عرف

لمحرره علي يعني شيخ مشايخنا منلاعلي التركماني رحمه الله تعالى قوله: **(الخامس قول الحسن البصري الخ)** قال في الكفاية: وعلى قول الحسن البصري إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها إلا ما على الزوج من ثياب بدنه، وإن كان البيت للزوج فالمتاع كله له اهـ.

....

باليسار، وكذا كناس في منزل رجل وعلى عتق الكناس قطيفة فقال هي لي وادعاها صاحب المنزل أيضاً فهي لصاحب المنزل. وفي نوادر معلى عن أبي يوسف: رجلان في سفينة فيها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها وأحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بأنه ملاح معروف، فالدقيق للذي يعرف ببيعه والسفينة من يعرف أنه ملاح.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: دخل رجل في منزل يعرف الداخل أنه منادٍ يبيع الذهب أو الفضة أو المتاع ومعه شيء من ذلك فادعياه فهو لمن يعرف ببيعه ولا يصدق رب المنزل، وإن لم يكن كذلك فالقول قول رب المنزل. وفي نوادر ابن رستم عن محمد: رجل خرج من دار إنسان على عنقه متاع رآه قوم وهو يعرف ببيع مثله من المتاع فقال صاحب الدار ذلك المتاع متاعي والحامل يدعيه فهو للذي يعرف به، وإن لم يعرف فهو لصاحب الدار. سفينة فيها راكب وآخر يتمسك وآخر يجذب وآخر يمدها وكلهم يدعونها فهي بين الراكب والممسك والجاذب أثلاثاً ولا شيء للماد. رجل يقود قطاراً من الإبل ورجل راكب بعيراً منها فادعياها كلها ينظر؛ إن كان على الكل حمل الراكب ومتاعه فكلها للراكب والقائد أجيره، وإن لم يكن على الإبل شيء فللراكب البعير الذي عليه، وما بقي فهو للقائد، أما لو كان بقراً أو غنماً عليها رجلان أحدهما قائد والآخر سائق فهي للسائق إلا أن يقود شاة معه فيكون له تلك الشاة وحدها؛ هكذا في نوادر معلى اهـ. وفي الملتقط من الدعوى مسائل منها، وقد استنبط من فرع الغلام أن من شرط سماع الدعوى أن لا يكذب المدعي ظاهر حاله كما هو مصرح به في كتب الشافعية، فلو ادعى فقير ظاهر الفقر على رجل أموالاً عظيمة قرضاً أو ثمن مبيع لا تسمع فلا جواب لها. ثم رأيت ابن الغرس في الفوائد الفقهية في أطراف القضايا الحكمية صرح به والله أعلم. هل هو منقول أو قاله تفقهاً كما وقع لي فقال: ومن شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لا يكون مستحيلاً عقلاً أو عادة فإن الدعوى والحال ما ذكر ظاهرة الكذب لأن المستحيل العادي كالمستحيل العقلي. مثال المستحيل عادة دعوى من هو معروف بالفقر والحاجة وهو يأخذ الزكاة من الأغنياء على آخر أنه أقرضه مائة ألف دينار ذهباً نقداً دفعة واحدة، وأنه تصرف فيها لنفسه، وأنه يطالبه برد بدلها فمثل هذه الدعوى لا يلتفت إليها القاضي لخروجها مخرج الزور والفجور ولا يسأل من المدعى عليه عن جوابها اهـ. قلت: اللهم إلا إذا ادعى أنه غصب له مالا عظيماً كان ورثه من مورثه المعروف بالغنى فحينئذ تسمع. ثم قال ابن الغرس وفي المبسوط: رجل ترك الدعوى ثلاثة وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الدعوى ثم ادعى لم تسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً اهـ. وقدمنا عنهم أن من القضاء الباطل القضاء بسقوط الحق بمضي سنين لكن ما في المبسوط لا يخالفه فإنه ليس فيه قضاء بالسقوط وإنما فيه عدم سماعها، وقد كثر السؤال بالقاهرة عن ذلك مع ورود النهي

فصل

قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه أو آجرنيه أو أعارنيه فلان الغائب أو رهنه

من السلطان أيده الله بعدم سماع حادثة لها خمسة عشر، وقد أفتيت بعدم سماعها عملاً بنهيه اعتماداً على ما في خزانة المفتين والله أعلم.

فصل

يعني في دفع الدعوى قوله: (**قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه أو آجرنيه أو أعارنيه فلان الغائب أو رهنه أو غصبته منه وبرهن عليه دفعت خصومة المدعي**) لأنه أثبتت ببينة أن يده ليست بيد خصومة وهذه مخمسة كتاب الدعوى لأن صورها خمس: وديعة وإجارة وإعارة ورهن وغصب، أو لأن فيها خمسة أقوال للعلماء: الأول ما في الكتاب وهو قول أبي حنيفة. الثاني قول أبي يوسف واختاره في المختار أن المدعى عليه إن كان صالحاً فكما قال الإمام، وإن كان معروفاً بالحيل لم تندفع عنه لأن قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه ويشهد فيحتال لإبطال حق غيره، فإذا اتهمه به القاضي لا يقبله. الثالث قول محمد إن الشهود إذا قالوا نعرفه بوجهه فقط لا تندفع فعنده لا بد من معرفته بالوجه والاسم والنسب. وفي البزازية: وتعويل الأئمة على قول محمد. وفي العمادية: لو قالوا نعرفه باسمه ونسبه لا بوجهه لم يذكره محمد في شيء من الكتب وفيه قولان. وعند الإمام لا بد أن يقولوا نعرفه باسمه ونسبه وتكفي معرفة الوجه، واتفقوا على أنهم لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه لم تندفع. الرابع قول ابن شبرمة إنها لا تندفع عنه مطلقاً لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه. قلنا: مقتضى البينة شيئان: ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت، ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامة البينة على الطلاق. الخامس قول ابن أبي ليلى تندفع بدون بينة لإقراره بالملك للغائب، وقلنا صار خصماً بظاهر يده فهو بإقراره يريد أن يحول مستحقاً على نفسه فلا يصدق إلا بالحجة كما لو ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره، ولم يذكر المؤلف رحمه الله صورة دعوى المدعي وأراد بها أن المدعي ادعى ملكاً مطلقاً في العين ولم يدع على ذي اليد فعلاً بدليل ما سيأتي من المسائل المقابلة لهذه. وحاصل جواب المدعى عليه أنه ادعى أن يده يد أمانة أو مضمونة والملك للغير ولم يذكر برهان المدعي ولا بد منه لما عرف أن الخارج هو المطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى

فصل في دفع الدعوى

قوله: (**لأنه قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه**) أي لأن الشخص يدفع ماله أي مال غيره إلى

. . . .

عليه إلى الدفع قبله. وحاصله أن المدعي لما ادعى الملك المطلق فيما في يد المدعى عليه أنكره فطلب من المدعي البرهان فأقامه ولم يقض القاضي به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن على الدفع. وبما قررناه علم أن الصور لا تنحصر في الخمس فكذا الحكم لو قال وكلني صاحبه بحفظه كما في المبسوط، وكذا الحكم لو قال أسكنني فيها فلان الغائب كما في الخلاصة، وكذا الحكم لو قال سرقته منه أو أخذته منه أو ضل منه فوجدته كما في الخلاصة، والأولان راجعان إلى الأمانة، والثلاثة الأخيرة إلى الضمان إن لم يشهد في الأخيرة وإلا فإلى الأمانة، فالصور عشر. وبه علم أن الصور لم تنحصر في الخمس فالأولى أن تفسر الخمسة بالثاني. وفي البزازية: ويلحق بها دعوى كونها مزارعة بأن ادعى عليه أرضاً فبرهن على أنها في يده بالمزارعة من فلان بن فلان الفلاني الغائب، وتلحق المزارعة بالإجارة أو الوديعة فلا يزداد على الخمس؛ نص على ذلك في كتاب الدعوى والبينات اهـ. وهو ذهول عما ذكرناه.

وأطلق في قوله هذا الشيء فشمل المنقول والعقار كما في البزازية. وظاهر قوله هذا الشيء أنه قائم لأن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج فمفهومه أنه لا تندفع لو كان المدعي هالكاً وبه صرح في العناية أخذاً من خزانة الأكمل فقال: عبد هلك في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده وأقام الذي مات في يده أنه أودعه فلان أو غصبه أو آجره لم يقبل وهو خصم فإنه يدعي إيداع الدين عليه وإيداع الدين لا يمكن، ثم إذا حضر الغائب وصدقه في الإيداع والإجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعي، أما لو كان غصباً لم يرجع، وكذا في العارية والإباق مثل الهلاك ههنا، فإن عاد العبد يوماً يكون عبداً لمن استقر عليه الضمان. جارية في يده ذهبت عينها فأقام رجل البينة أنها له وطلب أرش العين وأخذ الجارية وأقام ذو اليد البينة على الوديعة وغيرها فلا خصومة بينهما، ولو كانت ولدت ثم ماتت والمسألة بحالها جعله القاضي خصماً في حق القيمة ولا يقضى بالولد ويقف فيه ويجعله تبعاً للأم بخلاف الأرش. أمة في يد رجل قتلها عبد خطأ وذو اليد زعم أنها وديعة لفلان عندي يقال لمولى العبد افده أو ادفعه، فإن دفعه ثم جاء رجل وأقام البينة أن الجارية كانت له وأقام ذو اليد بينة على الإيداع وغيره على ما ذكرنا فإنه يقال للمدعي إن طلبت العبد فلا حق لك، وإن طلبت القيمة قضينا بها عليه لك، فإن اختار القيمة وأخذها منه ثم حضر الغائب وصدق المقر فإنه يرجع عليه بما ضمن لا في الغصب والعارية، وإن أنكر الغائب فله أن

مسافر يودعه أي يودع ذلك المسافر لذلك الشخص الدافع ذلك المال المدفوع تأمل قوله: **(وبه علم أن الصور لم تنحصر في الخمس)** أي بحسب فروعها وإلا فعلى ما قرره من رجوع الخمسة المزيدة إلى الخمسة الأصول فهي منحصرة، فالمراد انحصار أصولها في الخمسة وبه يندفع ما أورده على البزازية.

قوله: **(فإنه يدعي إيداع الدين عليه)** عبارة معراج الدراية: فإذا كانت العين هالكاً فالدعوى

....

يحلفه أو يقيم عليه البينة في فصل الوديعة والإجارة والرهن، فإن حلف لم يرجع قطعاً ومع القتل لا خصومة بينهما لا في الرقبة ولا في الأرش حتى بحضر المالك اهـ. وظاهر قوله أودعنيه وما بعده يفيد أنه لا بد من دعوى إيداع الكل وليس كذلك لما في الاختيار أنه لو قال النصف لي والنصف وديعة عندي لفلان وأقام بينة على ذلك اندفعت في الكل لتعذر التمييز اهـ. وأفاد بقوله فلان أنه عينه باسمه وقدمنا أنه لو قال أودعنيه رجل لا أعرفه لم تندفع فلا بد من تعيين الغائب في الدفع والشهادة، فلو ادعاه من مجهول وشهدا بمعين أو عكسه لم تندفع، وقدمنا أن معرفة الشهود الغائب بوجهه فقط كافية عند الإمام خلافاً لمحمد. وفي البزازية: لو قال الشهود أودعه من نعرفه بالطرق الثلاث لكن لا نقوله ولا نشهد به لا تندفع، ومقتضاه أن المدعى عليه لو أجاب بذلك لا يكفي، وكذا لو قال أعرفه إلا أني نسيته. ومحل الاختلاف بينهما وبين محمد إنما هو فيما إذا ادعاه الخصم من معين بالاسم والنسب فشهدا بمجهول لكن قالا نعرفه بوجهه، أما لو ادعاه من مجهول لم تقبل الشهادة إجماعاً وهو الصحيح؛ كذا في شرح أدب القضاء للخصاف. وفي خزانة الأكمل والخانية: ولو أقر المدعي أن رجلاً دفعه إليه أو شهدوا على إقراره بذلك فلا خصومة بينهما. وأطلق في الغائب فشمل ما إذا كان بعيداً معروفاً يتعذر الوصول إليه أو قريباً كما في الخلاصة والبزازية. وظاهر قوله «وبرهن عليه» أنه لا بد من البرهان على ما ادعاه مطابقة. وفي خزانة الأكمل: لو شهدوا أن فلاناً دفعه إليه ولا ندري لمن هو فلا خصومة بينهما اهـ.

وبه علم أنه لا تشترط المطابقة لعين ما ادعاه. وأشار بقوله وبرهن عليه أي على ما قاله إلى أنه لو برهن على إقرار المدعي أنه لفلان ولم يزيدوا فالخصومة بينهما قائمة كما في خزانة الأكمل والفصول. ومعنى قوله «دفعت خصومة المدعي دفعها القاضي» أي حكم بدفعها فأفاد أنه لو أعاد المدعي الدعوى عند قاضٍ آخر لا يحتاج المدعى عليه إلى إعادة الدفع بل يثبت حكم القاضي الأول كما صرحوا به. وأراد بالبرهان وجود حجة على ما قال سواء كانت بينة أو علم القاضي أو إقرار المدعي كما في الخلاصة: ولو علم القاضي أنها لرجل ثم وجدها في يد آخر فقال الأول إنها لي وأقام صاحب اليد بينة على الوديعة فلا خصومة بينهما، وكذا إذا علم القاضي إيداع هذا الآخر كما علم ملك الأول أقره في يده، أما لو

في الدين ومحل الدين الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصماً بذمته وبالبينة أنه كان في يده وديعة لا يتبين أن ما في ذمته لغيره فلا تتحول الخصومة عنه قوله: (**رجع عليه بما ضمن**) أي ذو اليد على الغائب قوله: (**وصدق المقر فإنه**) أي ذا اليد قوله: (**لو برهن على إقرار المدعي أنه لفلان ولم يزيدوا فالخصومة بينهما قائمة**) يخالفه ما يأتي بعد صفحة عن البزازية أنها تندفع في هذه الصورة، وكذا يخالف لما قدمه قبل أسطر عن خزانة الأكمل لكن ما قدمه فيه الشهادة على إقرار المدعي أن رجلاً دفعه إليه وما هنا على إقراره بأنه لفلان بدون التصريح بالدفع.

. . . .

علم القاضي أن الغائب غصبها من هذا الذي كانت له ثم أودعها هذا أخذها وردها فإن علمه بمنزلة البينة اهـ. ولو لم يبرهن المدعى عليه وطلب يمين المدعي استحلفه القاضي، فإن حلف على العلم كان خصماً، وإن نكل فلا خصومة كما في خزانة الأكمل. وظاهر قوله «دفعت» أن المدعى عليه لا يحلف المدعي أنه لا يلزمه تسليمه إليه ولم أره الآن. وأطلق في اندفاعها فيما ذكر فشمل ما إذا صدق ذو اليد على دعوى الملك ثم دفعه بما ذكر فإنها تندفع كما في البزازية. وفي البزازية: وإن ادعى ذو اليد الوديعة ولم يبرهن عليها وأراد أن يحلف أن الغائب أودعه عنده يحلف الحاكم المدعى عليه بالله تعالى لقد أودعها إليه على البتات لا على العلم لأنه وإن كان فعل الغير لكن تمامه به وهو القبول، وإن طلب المدعى عليه يمين المدعي فعلى العلم بالله ما يعلم إيداع فلان عنده لأنه فعل الغير ولا تعلق له به. وفي الذخيرة: لا يحلف ذو اليد على الإيداع لأنه يدعي الإيداع ولا حلف على المدعي، ولو حلف أيضاً لا يندفع ولكن له أن يحلف المدعي على عدم العلم اهـ. وقيدنا بكون المدعي ادعاه ملكاً مطلقاً يعني فقط للاحتراز عما إذا ادعى عبداً أنه ملكه وأعتقه فدفعه المدعى عليه بما ذكرو برهنا فإنه لا تندفع ويقضى بالعتق على ذي اليد، فإن جاء الغائب وادعى أنه عبده وأنه أعتقه يقضى به، فلو ادعى آخر أنه عبده لم يسمع، وكذا في الاستيلاد والتدبير. ولو أقام العبد بينة أن فلاناً أعتقه وهو يملكه فبرهن ذو اليد على إيداع فلان الغائب بعينه يقبل وبطلت بينة العبد فإذا حضر الغائب قيل للعبد أعد البينة عليه، فإن أقامها قضينا بعتقه وإلا رد عليه. ولو قال العبد أنا حر الأصل قبل قوله، ولو برهن ذو اليد على الإيداع، ولا ينافيه دعوى حرية الأصل فإن الحر قد يودع، وكذا الإجارة والإعارة. وأما في الرهن قال بعضهم الحر قد يرهن، وقال بعضهم لا يرهن فتعتبر العادة؛ كذا في خزانة الأكمل. ولم أر حكم ما إذا ادعى

قوله: **(وظاهر قوله دفعت أن المدعى عليه لا يحلف للمدعي الخ)** فيه نظر فإنه بعد البرهان كيف يتوهم وجوب الحلف، أما قبله فسيذكر عن البزازية أنه يحلف على البتات، وعن الذخيرة أنه لا يحلف اللهم إلا أن يقال: إن المؤلف لاحظ أنه يمكن قياسه على مديون الميت تأمل قوله: **(فشمل ما إذا صدق ذو اليد على دعوى الملك)** قال في جامع الفصولين (شح): قال ذو اليد للمدعي إلا أنه أودعني فلان تندفع الخصومة لو برهن وإلا فلا. (فش): لا تندفع الخصومة إذا صدقه. أقول: فعلى إطلاقه يقتضي أن لا تندفع ولو برهن على الإيداع وفيه نظر اهـ قوله: **(قال بعضهم الحر قد يرهن الخ)** قال الرملي قالوا: الحر لا يجوز رهنه لأنه غير مملوك. وأقول: فلو رهن رجل قرابته كابنه أو أخيه على ما جرت به عادة السلاطين فلا حكم له لقوله تعالى ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] والحر لا تثبت عليه اليد. قال بعضهم: ورأيت في مصنف ابن أبي شيبة عن إبراهيم وهو النخعي قال: إذا رهن الرجل الحر فأقر بذلك كان رهناً حتى يفكه الذي رهنه أو يفك نفسه. وجه كلام

....

أن الدار وقف عليه فدفعه ذوا اليد بما ذكر، ومقتضى قولهم أن دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق أن تندفع إذا برهن. وقيدنا بكون القاضي لم يقض ببينة المدعي لأن القاضي لو قضى ببينة المدعي ثم برهن ذو اليد على ما ذكر لم تسمع؛ كذا في خزانة الأكمل والفصول. وسواء كان بعد دعوى الإيداع قبل البرهان أو قبل دعواه كما في البزازية.

وقيد بكون المدعى عليه اقتصر على الدفع بما ذكر للاحتراز عما إذا زاد وقال كانت داري بعتها من فلان وقبضها ثم أودعنيها أو ذكر هبة وقبضا لم تندفع إلا أن يقر المدعي بذلك أو يعلمه القاضي، ولو ادعى المدعي ثم قاما إلى إحضار البينة فقال المدعى عليه إني وهبتها من فلان فسلمتها إليه ثم أودعنيها وغاب لم يسمع، وكذا في البيع إلا أن يقر المدعي أو يعلم القاضي، فلو برهن المدعي ثم صنع المدعى عليه بيعاً أو هبة قبل القضاء لم تندفع، سواء أقر به المدعي أو علمه القاضي أو قامت به بينة؛ كذا في خزانة الأكمل. ثم اعلم أنه في المسائل الخمسة لو شهدوا أنها لفلان الغائب فقط لم تقبل، ولو شهدوا على إقرار المدعي أنه لفلان الغائب اندفعت كما في البزازية. وأفاد المؤلف بجواب المدعى عليه أنه لو أجاب بأنها ليست لي أو هي لفلان ولم يزد لا يكون دفعاً. ولم يذكر المؤلف دفع الدفع فلو برهنا على ما ادعياه فدفعه المدعي بأنه ملكه غصبه منه تسمع دعواه ولا تندفع الخصومة كما في الخلاصة، وفي الاختيار: لو قال المدعي أودعنيها ثم وهبها منك أو باعها وأنكر يستحلفه القاضي أنه ما

النخعي المؤاخذة بإقراره قوله: **(ومقتضى قولهم أن دعوى الوقف الخ)** قال الرملي: هذا مما لا يشك فيه إذ هو داخل تحت إطلاق المتون والشروح والفتاوى فإن أحداً لم يقيده بالملك. وانظر في عبارة هذا المتن فإنها صريحة فيه فقوله «ولم أر الخ» مستدرك مع هذا الإطلاق المذكور وسينقله بعينه قريباً عن الإسعاف في أواخر الورقة الثانية. تأمل والله تعالى أعلم اهـ. يعني أول الفصل الآتي قوله: **(لأن القاضي لو قضى ببينة المدعي الخ)** قال في نور العين يقول الحقير: فيه إشكال سيأتي في أواخر هذا الفصل نقلاً عن (ذ) أنه كما يصح لدفع قبل الحكم يصح بعده أيضاً، ولعله بناء على أن الدفع بعد الحكم لا يسمع وهو خلاف القول المختار كما سيأتي أيضاً هناك والله أعلم اهـ. وسيأتي عين هذا الإشكال في كلام المؤلف قريباً. وقد يجاب بأنه إذا لم يدع الإيداع أو ادعاه ولم يبرهن عليه لم يظهر أن يده ليست يد خصومة فتوجهت عليه دعوى الخارج وصح الحكم بها بعد إقامة البينة على الملك لأنها قامت على خصم، ثم إذا أراد المدعى عليه أن يثبت الإيداع لا يمكنه لأنه صار أجنبياً يريد إثبات الملك للغائب وإيداعه فلم تتضمن دعواه إبطال القضاء السابق، والدفع إنما يصح إذا كان فيه برهان على إبطال القضاء كما سنذكره قريباً. ولما لم يقبل برهانه ولا دعواه لما قلنا لم يظهر بطلان القضاء، وعلى هذا لا ترد المسألة على القول المختار فليتأمل. قوله: **(ولو شهدوا أنها لفلان الغائب فقط)** أي لم يشهدوا بالإيداع كما صرح به في الخلاصة.

....

وهبها منه ولا باعها له، فإن نكل صار خصماً لأنه أقر أن يده يد ملك فكان خصماً اهـ. وفي البزازية: الدفع الصحيح للدعوى الفاسدة التي اتفقت الأئمة على فسادها صحيح في الأصح، وقيل الدفع أيضاً فاسد لأنه مبني على فاسد والبناء على الفاسد فاسد، وكما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضاً، وكذا يصح قبل الحكم كما يصح بعده، ودفع الدفع ودفعه وإن كثر صحيح في المختار، وقيل لا يسمع بعد ثلاث بأن ادعى الملك المطلق فقال اشتريته منك فدفعه قائلاً بالإقالة فدفع قائلاً بأنك أقررت ما اشتريته مني يسمع في المختار كما لو كان الشهود عدولاً والدفع من غير المدعى عليه لا يسمع ودفع أحد الورثة يسمع، وإن ادعى على غيره لقيام بعضهم مقام الكل حتى لو ادعى مدع على أحد الورثة داراً فبرهن الوارث الآخر أن المدعي أقر بكونه مبطلاً في الدعوى يسمع اهـ. فإن قلت: ما فائدة دفع الدعوى الفاسدة مع أن القاضي لا يسمعها قلت: تفقهاً ولم أره فائدته لو ادعاها على وجه الصحة كان الدفع الأول كافياً. ثم اعلم أن قولهم أن الدفع بعد الحكم صحيح مخالف لما قدمناه من أن القاضي لو قضى للمدعي قبل الدفع ثم دفع بالإيداع ونحوه فإنه لا يقبل إلا أن يخص من الكلي فافهم. ولم يذكر المؤلف حكم جواب الغائب إذا حضر وفي الخانية: فإن حضر فلان وسلم المدعى عليه الدار إليه فأعاد المدعي الأول دعواه على المقر له فأجاب أنها وديعة عنده لفلان آخر تقبل بينته وتندفع عنه خصومة المدعي اهـ. وفي البزازية: لو لم يبرهن المدعى عليه وبرهن الطالب وحكم له به ثم حضر الغائب وادعى بأنه ملكه إن أطلق الملك تقبل، وإن قال بالشراء من المدعى عليه المقضي عليه لا لأن القضاء على ذي اليد بالبينة بعد دعوى الملك المطلق قضاء على كل من تلقى الملك إليه منه فكان المشتري مقضياً عليه، وإن حضر قبل الحكم وبرهن على مطلق الملك فهما كخارجين برهنا على الملك المطلق. ثم اعلم أن مسألة الرهن من المسائل الخمسة تصلح حيلة لإثبات الرهن في غيبة الراهن كما في حيل الولوالجية. ثم اعلم أن القاضي في هذه المسائل لو لم يسمع دفع ذي اليد وقضى ببينة المدعي كان قضاء على غائب، وقدمنا أن في نفاذه روايتين فليكن هذا على ذكر منك، ولم أر من نبه عليه، وفي العباب للشافعية أنه حكم على غائب ويحلف على بقاء ملكه اهـ.

قوله: **(ودفع الدفع ودفعه وإن كثر صحيح في المختار)** قال في نور العين: خلاصة صورته ادعى ملكاً مطلقاً فقال المدعى عليه اشتريته منك فقال المدعي قد أقلت البيع. فلو قال الآخر إنك أقررت أني ما اشتريته يسمع إذا ثبت العدالة. (ذ): ويصح الدفع قبل إقامة البينة وبعدها وقبل الحكم وبعده حتى لو برهن على مال وحكم له فبرهن خصمه أن المدعي أقر قبل الحكم أنه ليس عليه شيء بطل الحكم. قال صاحب جامع الفصولين أقول: ينبغي أن لا يبطل الحكم لو أمكن التوفيق بحدوثه بعد إقراره على ما سيأتي قريباً في (فش) أنه لم يبطل الحكم الجائز بشك. يقول الحقير: قوله «ينبغي»

أو غصبته منه وبرهن عليه دفعت خصومة المدعي وإن قال ابتعته من الغائب أو قال

قوله: **(وإن قال ابتعته من الغائب أو قال المدعي غصبته أو سرق مني وقال ذو اليد أودعنيه فلان وبرهن عليه لا)** أي لا تندفع بيان للمسألتين، وحاصل أن المدعي ادعى في العين ملكاً مطلقاً وأنكره المدعى عليه فبرهن المدعي على الملك فدفعه ذو اليد بأنه اشتراها من فلان الغائب وبرهن عليه لم تندفع عنه الخصومة يعني فيقضي القاضي ببرهان المدعي لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً فالضمير في «قال» عائد على المدعى عليه. وفي البزازية وذكر الوتار: قال في غير مجلس الحاكم إنه ملكي ثم قال في مجلسه إنه وديعة عندي أو رهن عندي من فلان يندفع إذا برهن على ما ذكره، ولو برهن عليه المدعي أنه أقر بكونه ملكاً له في غير مجلس الحاكم يجعله خصماً ويحكم عليه بسبق إقراره ويمنع من الدفع ا هـ. وبه علم أن دعوى الشراء عن الغائب مثال، والمراد أن ذا اليد ادعى ملكاً لنفسه، سواء أطلقه أو قيده بشراء وهبة مع قبض أو صدقة كذلك. وأطلق في الشراء فشمل الفاسد مع القبض كما في أدب القضاء للخصاف، ولهذا قال في البزازية أيضاً: لو قال إنه ملكي ثم برهن على الوديعة لا يسمع اهـ. وأشار المؤلف بهذه المسألة إلى ما في البزازية في يده دار زعم شراءها من فلان الغائب أو صدقة مقبوضة أو هبة كذلك منذ شهر أو أمس وبرهن أولاً وبرهن آخراً أن هذا الغائب رهنها منه منذ شهر أو آجرها منه أو أعارها منه وقبضها وبرهن، يحكم بها للمستأجر والمستعير والمرتهن ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد، ثم ذو اليد بالخيار إن شاء سلم إلى المدعي وتربص إلى انقضاء المدة أو فك الرهن، وإن شاء نقض البيع. وإن اختار

محل نظر لأن ما في (ذ) بناء على اختيار اشتراط التوفيق وعدم الاكتفاء بمجرد إمكان التوفيق كما مر مراراً. (فقط): متقدمو مشايخنا جوز وادفع الدفع، وبعض متأخريهم على أنه لا يصح، وقيل يصح ما لم يظهر احتيال وتلبيس. (فش): حكم له بمال ثم رفعاً إلى قاضٍ آخر وجاء المدعى عليه بالدفع يسمع ويبطل بحكم الأول. وفيه: لو أتى بالدفع بعد الحكم في بعض المواضع لا يقبل نحو أن يبرهن بعد الحكم أن المدعي أقر قبل الدعوى أنه لا حق له في الدار لا يبطل الحكم لجواز التوفيق بأنه شراه بخيار فلم يملكه في ذلك الزمان ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فملكه، فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك، ولو برهن قبل الحكم يقبل ولا يحكم إذ الشك يدفع الحكم ولا يرفعه. يقول الحقير: الظاهر أنه لو برهن قبل الحكم فيما لم يكن التوفيق خفياً ينبغي أن لا يقبل ويحكم على مذهب من جعل إمكان التوفيق كافياً إذ لا شك حينئذ لأن إمكانه كتصريحه عندهم والله تعالى أعلم اهـ. ثم نقل في البزازية: المقضى عليه لا تسمع دعواه بعده فيه إلا أن يبرهن على إبطال القضاء بأن ادعى داراً بالإرث وبرهن وقضى ثم ادعى المقضي عليه الشراء من مورث المدعي وادعى الخارج الشراء من فلان وبرهن المدعى عليه على شرائه من فلان أو من المدعي قبله أو يقضى عليه بالدابة فبرهن على نتاجها عنده اهـ. قوله: **(مخالف لما قدمناه)** أي قريباً وقد علمت جوابه.

....

عدم النقض فأدى البائع الدين وفك الرهن قبل قبضه ثم البيع، وإن كان المدعي برهن أن الدار له أعارها أو أجرها أو رهنها من الغائب أو اشتراها الغائب منه ولم ينقد الثمن قبل أن يشتريها منه ذو اليد يقضى بها للمدعي في الوجوه كلها. أما في الإعارة فلعدم اللزوم، وأما في الإجارة فلأنه عذر في الفسخ لأنه يريد إزالتها عن ملكه. وأما في الشراء فلأن له حق الاسترداد لاستيفاء الثمن، فإن دفع الحاكم الدار إلى المدعي فإن كان أجرها ولم يقبض الأجرة أخذ منه كفيلاً بالنفس إلى انقضاء المدة، وإن كان قبض الأجرة أو كان ادعى رهناً لا يدفع إلى المدعي ويضعها على يد عدل ا هـ.

وبه علم أن دعوى الرهن أو الإجارة أو الإعارة من الغائب كدعوى الملك المطلق على ذي اليد. وقيد بدعوى الشراء من الغائب من غير أن يدعي أن المدعي باعها من الغائب، فلو ادعى ذو اليد أن المدعي باع العين من الغائب ففيه اختلاف قال في القنية: ادعى عليه عبداً وأثبته بالبينة فأقام المدعى عليه البينة أنك بعته من فلان الغائب فعلى ما عليه إشارات الجامع والزيادات لا تقبل، وذكر الناطفي في أجناسه أنها تقبل وتندفع الدعوى، ثم إذا قبلت فإن لم يدع تلقي الملك من المشتري فأولى أن تقبل إذا ادعاه ا هـ. وفيها قبله: ادعى عليه داراً أنها ملكه وأثبته بالبينة ثم أقام المدعي عليه بينة أن المدعي باعها من زوجته وباعتها هي مني تسمع ا هـ. وإذا لم تندفع في المسألة الأولى وأقام الخارج البينة فقضى له ثم جاء المقر له الغائب وبرهن تقبل بينته لأن الغائب لم يصر مقضياً عليه وإنما قضى على ذي اليد خاصة؛ ذكره الشارح. وحاصل الثانية أن المدعي ادعى فعلاً على ذي اليد فدفعه الإيداع من الغائب وبرهن فإنها لا تندفع لأنه إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه إلا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم فيه باعتبار يده حتى لا تصح دعواه على غير ذي اليد وتصح دعوى الفعل. وقد بنى فعل الغصب للفاعل وفعل السرقة للمفعول فخرج ما إذا بني الأول للمفعول بأن قال غصب مني كما في البزازية. وإنما قيد في السرقة للمفعول ليعلم حكم ما إذا بناه للفاعل بالأولى وهو اتفاق وفي المبني للمفعول الاختلاف فقال محمد: هو كبناء فعل الغصب للفاعل وهو القياس، واستحسنا وجعلاه من دعوى الفعل عليه لأن في ذكر الفاعل إشاعة الفاحشة بخلاف الغصب. ولو ادعاه بالمصدر لم يذكره الشارحون. وفي البزازية: ادعى أنه ملكه وفي يده غصب وبرهن ذو اليد على الإيداع قيل تندفع لعدم دعوى الفعل عليه، والصحيح أنه لا تندفع ا هـ. وأراد بالبرهان إقامة البينة فخرج الإقرار لما في البزازية معزياً إلى الذخيرة: من

قوله: **(لأنه يريد إزالتها عن ملكه)** أي لأن ذا اليد يريد إزلة الدار عن ملك المدعي بدعواه شراءها من الغائب فلهذا كان للمدعي حق الفسخ وتسلم الدار من ذي اليد وهو صريح في أن ذلك من أعذار فسخ الإجارة.

المدعي سرق مني وقال ذو اليد أودعنيه فلان وبرهن عليه لا وإن قال المدعي ابتعته من فلان وقال ذو اليد أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة.

صار خصماً لدعوى الفعل عليه إن برهن على إقرار المدعي بإيداع الغائب منه تندفع، وإن لم تندفع بإقامة البينة على الإيداع لثبوت إقرار المدعي أن يده ليست يد خصومة ا هـ. وذكر الغصب والسرقة تمثيل والمراد دعوى فعل عليه، فلو قال المدعي أودعتك إياه أو اشتريته منك وبرهن ذو اليد كما ذكرنا على وجه لا يفيد ملك الرقبة له لا تندفع؛ كذا في البزازية. ولو قال المدعي ملكي وفي يده بغير حق لا يكون دعوى الغصب فتندفع لو برهن على الإيداع بالطريق المذكور؛ كذا في البزازية أيضاً. وقيد بدعوى الفعل على ذي اليد للاحتراز عن دعواه على غيره فدفعه ذو اليد بواحد مما ذكرناه وبرهن فإنها تندفع كدعوى الملك المطلق كما في البزازية. وذكر الشارح: لو ادعى أنه اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن وأقام ذو اليد البينة أن فلاناً أودعها إياه اندفعت الخصومة، وإن ادعى على ذي اليد فعلاً لأن المدعي عقد استوفى أحكامه فصار كالعدم فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع ا هـ. ولم يذكر في الخلاصة نقد الثمن وإنما ذكر الشراء مع القبض. وفي البزازية بعد ما ذكر أنه مع القبض كدعوى ملك مطلق قال: وجماعة من مشايخنا قالوا: لا تندفع أيضاً لأن دعوى الشراء بقي معتبراً ولهذا لا يحكم القاضي بالزوائد المنفصلة ولا يكون للباعة أن يرجع بعضهم على بعض، ولو كان كدعوى الملك المطلق لكان الأمر بخلافه ا هـ. والظاهر ما عليه هؤلاء لإطلاق المتون الشراء. وأفاد المؤلف رحمه الله بما ذكره من دعوى الفعل ودفعها أن المدعى عليه بعد دعوى الفعل عليه لا يقدر على التحويل إلى غيره، فلو دفع بأنه لابنه الصغير بعد دعوى الغصب عليه لم تندفع كما في البزازية، أو دفع بأنه ملك والده أودعه عنده كما في الخانية.

قوله: **(وإن قال المدعي ابتعته من فلان وقال ذو اليد أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة)** أي بغير برهان. وحاصلها أن المدعي ادعى الملك بسبب من جهة الغائب فدفعه ذو اليد بأن يده من الغائب فقد اتفقا على أن أصل الملك فيه للغائب فيكون وصولها إلى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم المدعي بينة أن فلاناً وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها، ولو صدقه ذو اليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم إليه حتى لا يكون قضاء على الغائب بإقراره وهي عجيبة. قيد بتلقي اليد من الغائب للاحتراز عما إذا قال ذو اليد أودعينه وكيل فلان ذلك لم تندفع إلا ببينة لأنه لم يثبت تلقي اليد ممن

قوله: **(وهي عجيبة)** أقول: تقدمت المسألة متناً في آخر كتاب الوكالة قبل باب عزل الوكيل ووجهها أنه إقرار على الغير وهو رب الوديعة فلا يسلمها إلى مدعي الوكالة بالقبض أو الشراء بخلاف ما لو كان مديون الغائب وادعى عليه شخص الوكالة بالقبض وصدقه فإنه يدفع إليه لأن الديون

....

اشترى هو منه لإنكار ذي اليد، ولا من جهة وكيله لإنكار المدعي، وكذا لو ثبت بالبينة أنه دفعها إلى الوكيل ولم يشهدوا أن الموكل دفعها إلى ذي اليد؛ ذكره الشارح. وظاهر قوله «سقطت» السقوط بلا بينة ويمين. وفي البناية: ولو طلب المدعي يمينه على الإيداع يحلف على البتات ا هـ. وتقييد المؤلف بدعوى الشراء من الغائب اتفاقي ففي البزازية معزياً إلى الذخيرة: ادعى أنه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد أن هذا الغائب أودعه عنده تندفع لاتفاقهما على وصول العين من غيره وأن صاحب اليد ذلك الرجل بخلاف ما لو كان مكان دعوى الغصب دعوى السرقة فإنه لا يندفع بزعم ذي اليد إيداع ذلك الغائب في الاستحسان ا هـ. وقد سئلت بعد تأليف هذا المحل بيوم عن رجل أخذ متاع أخته من بيتها ورهنه وغاب فادعت الأخت به على ذي اليد فأجابه بالرهن، فأجبت إن ادعت المرأة غصب أخيها وبرهن ذو اليد على الرهن اندفعت، وإن ادعت السرقة لا. وفي البزازية قبله معزياً إلى الذخيرة أيضاً: برهن على أنه وديعة عنده من جهة الميت الذي يدعي الوصية منه أو من غصبه منه فلا خصومة بينهما لأنهما تصادقا على وصول المال من جهة الميت إما غصب وإما أمانة فلا تكون يده يد الخصومة في حق من يدعي تلقي الملك منه، وفرق بين الوصية والوراثة فلو برهن في دعوى الوراثة أنه وديعة عنده من قبل المورث الذي يدعي منه الوارثة لا يندفع، في دعوى الوصية كما ذكرنا يندفع حتى يحضر الوارث أو الوصي ا هـ. وقيدنا باتحاد الغائب لأنه لو ادعى الشراء من فلان الغائب المالك وبرهن ذو اليد على إيداع غائب آخر منه لا تندفع كما لو ادعى الإيداع من غير الوصي أو الغصب منه فإنه خصم إلا أن يبرهن على مقاله. وقال البلخي: لا تندفع وإن برهن كمسألة الشراء؛ كذا في البزازية والله أعلم بالصواب.

تقضى بأمثالها فكان إقراراً على نفسه لا على الغائب فانظر ما وجه العجب قوله: **(فإنه لا يندفع بزعم ذي اليد إيداع ذلك الغائب في الاستحسان)** قال في نور العين يقول الحقير: لعل وجه الاستحسان هو أن الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة كما ذكر في كتب الفقه فاليد للغاصب في مسألة الغصب بخلاف مسألة السرقة إذ اليد فيها لذي اليد إذ لا يد للسارق شرعاً، ثم إن عبارة لا يد للسارق نكتة لا يخفى حسنها على ذوي النهي اهـ قوله: **(وإن ادعت السرقة لا)** أي لا تندفع وظاهره أنها ادعت سرقة أخيها وقد مر قريباً أنه لو ادعى الفعل على غير ذي اليد فدفعه ذو اليد بواحد مما ذكرناه وبرهن فإنها تندفع كدعوى الملك المطلق فيحمل كلامه هنا على أنها ادعت أنه سرق منها مبنياً للمجهول ليكون دعوى الفعل على ذي اليد وإن أبقى على ظاهره يكون جرياً على مقابل الاستحسان المذكور آنفاً.

باب دعوى الرجلين

برهنا على ما في يد واحد آخر قضى لهما وعلى نكاح امرأة سقطا وهي لمن

باب دعوى الرجلين

لما فرغ من بيان دعوى الواحد ذكر دعوى ما زاد عليه قوله: **(برهنا على ما في يد واحد آخر قضى لهما)** لحديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في ناقة أقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين. وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ، ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجوه بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله، وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق. والضمير في قوله «برهنا» عائد على الرجلين أي الخارجين بقرينة على ما في يد أخر، والمعنى على ملك ما في يد الآخر فالكلام في دعوى الخارجين الملك المطلق فخرج ما إذا ادعيا ملكاً بسبب معين أو مقيد بتاريخ وسيأتي. ومن هذا القبيل ما في منية المفتي: أقاما بينة على عبد في يد رجل أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما ا هـ. وأطلقهما فشمل ما إذا ادعيا الوقف في يد ثالث فيقضى بالعقار نصفين لكل وقف النصف وهو من قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف ولهذا قال في القنية: دار في يد رجل أقام رجل عليه بينة أنها وقفت عليه وأقام قيم المسجد بينة أنها وقف المسجد، فإن أرخا فهي للسابق منهما، وإن لم يؤرخا فهي بينهما نصفان ا هـ. ولا فرق في ذلك بين أن يدعي ذو اليد الملك فيها أو الوقف على جهة أخرى. والحاصل أن دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق ولهذا لو ادعى وقفية ما في يد آخر وبرهن فدفعه ذو اليد بأنه مودع فلان ونحوه وبرهن فإنها تندفع خصومة المدعي كما في الإسعاف، فدعوى الوقف داخل في المسألة المخمسة، وكما يقسم الدار بين الواقفين كذلك لو برهن كل على أن الواقف جعل له الغلة ولا مرجح فإنها تكون بينهما نصفين لما في الاسعاف من باب إقرار الصحيح بأرض في يده أنها وقف لو شهد اثنان على إقرار رجل بأن أرضه وقف على زيد ونسله وشهد آخران على إقراره بأنها وقف على عمرو ونسله تكون وقفاً على الأسبق وقتاً إن علم، وإن لم يعلم أو ذكروا وقتاً واحداً تكون الغلة بين الفريقين إنصافاً، ومن مات من ولد زيد فنصيبه لمن بقي منهم وكذلك حكم أولاد عمرو، وإذا انقرض أحد الفريقين رجعت إلى الفريق الباقي لزوال المزاحم ا هـ. وقيد بالبرهان منهما إذ لو برهن أحدهما فقط فإنه يقضى له

باب دعوى الرجلين

قوله: **(ولآخر بوديعة فهو بينهما)** أي لأن المودع بالجحود يصير غاصباً ثم إن ما ذكره عن المنية

....

بالكل فلو برهن الخارج الآخر يقضى له بالكل لأن المقضى له صار ذا يد بالقضاء له، وإن لم تكن العين في يده حقيقة فتقدم بينة الخارج الآخر عليه كما سنذكره قريباً في دعوى الرجلين النكاح. ولو لم يبرهنا حلف صاحب اليد فإن حلف لهما تترك في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو أقام البينة بعد ذلك يقضى بها، وإن نكل لهما جميعاً يقضى به بينهما نصفين ثم بعده إذا أقام صاحب اليد البينة أنه ملكه لا تقبل. وكذا إذا ادعى أحد المستحقين على صاحبه وأقام بينة أنها ملكه لا تقبل لكونه صار مقضياً عليه؛ كذا في النهاية. ومن أهم مسائل هذا الباب معرفة الخارج من ذي اليد.

وفي جامع الفصولين: ادعى كل أنه في يده فلو برهن أحدهما يقبل ويكون الآخر خارجاً، ولولا بينة لهما لا يحلف واحد منهما، ولو برهن أحدهما على اليد وحكم بيده ثم برهن على الملك لا تقبل إذ بينة ذي اليد على الملك لا تقبل. أخذ عيناً من يد آخر وقال إني أخذته من يده لأنه كان ملكي وبرهن على ذلك تقبل لأنه وإن كان ذا يد بحكم الحال لكنه لما أقر بقبضه منه فقد أقر أن ذا اليد في الحقيقة هو الخارج. ولو غصب أرضاً وزرعها فادعى رجل أنها له وغصبها منه، فلو برهن على غصبه وإحداث يده يكون هو ذا يد والزارع خارجاً، ولو لم يثبت إحداث يده فالزارع ذو يد والمدعي هو الخارج. بيده عقار أحدث الآخر عليه يده لا يصير به ذا يد، فلو ادعى عليه أنك أحدثت اليد وكان بيدي فأنكر يحلف ا هـ. وبه علم أن اليد الظاهرة لا اعتبار بها. ثم اعلم أنه قال في العمادية: اعلم أن الرجلين إذا ادعيا عيناً وبرهنا فلا يخلو إما أن يدعيا ملكاً مطلقاً أو إرثاً أو شراء، وكل قسم على ثلاثة إما أن يكون المدعي في يد ثالث أو في يدهما أو في يد أحدهما، وكل وجه على أربعة أقسام لأنه إما أن لا يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق أو أرخ أحدهما لا الآخر وجملة ذلك ستة وثلاثون فصلاً ا هـ. أقول: إن هذا التقسيم ليس بحاصر، والصواب أن يقال: إذا ادعيا عيناً فإما أن يدعيا ملكاً مطلقاً أو ملكاً بسبب متحد قابل للتكرار أو غير قابل له، أو مختلف أحدهما أقوى من الآخر، أو مستويان من واحد أو من متعدد، أو يدعي أحدهما الملك المطلق والآخر الملك بسبب، أو أحدهما ما يتكرر والآخر ما لا يتكرر فهي تسعة. وكل منهما إما أن يبرهن أو يبرهن أحدهما فقط، أو لا برهان لواحد منهما ولا مرجح أو لأحدهما مرجح فهي أربعة صارت اثنين وثلاثين. وكل منها إما أن يكون المدعي في يد ثالث أو في يدهما أو في يد أحدهما فهي أربعة

سيذكره المصنف في هذا الباب قوله: **(ثم بعده إذا أقام صاحب اليد البينة أنه ملكه لا يقبل)** انظر ما كتبناه عند قوله «وقضى له إن نكل مرة».

قوله: **(أقول أن هذا التقسيم ليس بحاصر والصواب أن يقال الخ)** قال الرملي: تأمل في هذا التقسيم يظهر لك ما فيه.

. . . .

صارت مائة وثمانية وعشرين. وكل منها على أربعة أما إذا لم يؤرخا أو أرخا واستويا أو سبق أحدهما أو أرخ أحدهما صارت خمسمائة واثنى عشر.

قوله: **(وعلى نكاح امرأة سقطا)** أي لو برهنا على نكاح امرأة تهاتر التعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك، وإذا تهاترا فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح كما في القنية. وإذا تهاترا وكان قبل الدخول فلا شيء على كل واحد منهما؛ كذا في منية المفتي. أطلقه وهو مقيد بحياتهم أي المدعيين والمرأة، أما لو برهنا عليه بعد موتها ولم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما فإنه يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل واحد منهما نصف المهر، وهما يرثان ميراث زوج واحد، فإن جاءت بولد يثبت النسب منهما ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد كما في الخلاصة. وفي منية المفتي: ولا يعتبر فيه الإقرار واليد فإن سبق تاريخ أحدهما يقضى له، ولو ادعيا نكاحها وبرهنا ولا مرجح ثم ماتا فإن لها نصف المهر ونصف الميراث من كل واحد منهما، ولو ماتت قبل الدخول فعلى كل واحد منهما نصف المسمى، ولو مات أحدهما فقالت المرأة هو الأول لها المهر والميراث؛ كذا في الظهيرية. وأطلق في النكاح فشمل ما إذا برهن أحدهما على العقد والآخر على إقرارها به فلا ترجيح لكن بعد التهاتر لو برهن أحدهما على إقرارها بالنكاح يحكم له كما لو عاينا اعترافها لأحدهما به بعد التهاتر؛ كذا في الظهيرية. وفي العباب للشافعية: وترجح بينة العقد على بينة إقرارها كبينة غصب على بينة إقرار اهـ. ولم أر الآن حكم المشبه به عندنا. وفي منية المفتي: ادعيا نكاح امرأة فأقرت لأحدهما ثم أقاما البينة لا يقضى لأحدهما كما لو لم تقر اهـ. وفي الهداية: إذا أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما، فإن أقام الآخر البينة قضى بها لأن البينة أقوى من الإقرار اهـ. وقيد ببرهانهما معاً لأنه لو برهن مدعي نكاحها وقضى له به ثم برهن الآخر على نكاحها لا تقبل كما في الشراء إذا ادعاه من فلان وبرهن عليه وحكم له به ثم ادعى الآخر شراءه من فلان أيضاً وبرهن لا تقبل ويجعل الشراء المحكوم به سابقاً كذا هنا. ولو برهن على نسب مولود وحكم له به ثم ادعاه آخر وبرهن على ذلك لا يقبل، وفي الملك المطلق لو برهن عليه أحد وحكم له به ثم ادعاه آخر وبرهن على ذلك يقبل ويحكم للثاني؛ كذا في البزازية. وهذا ما وعدنا به في مسألة الخارج إذا حكم له ثم ادعاه آخر، وهذا ما قدمناه عن الفتاوى الصغرى من أن القضاء لا يكون على الكافة إلا في القضاء بالحرية والنسب والولاء والنكاح، ولكن في النكاح شرط هو أن لا يؤرخا فإن أرخ المحكوم له ثم ادعاها آخر بتاريخ أسبق فإنه يقضي له ويبطل القضاء الأول، وسبق منا أيضاً اشتراط ذلك في الحرية الأصلية أيضاً في باب الاستحقاق فكن على ذكر منه ينفعك كثيراً. وقيد بدعوى الرجلين للاحتراز عما إذا أقام رجل البينة على امرأة أنه تزوجها وأقامت هي بينة على رجل أنه تزوجها فالبينة بينة الرجل؛ كذا في الظهيرية.

....

واعلم أنه إذا ادعى نكاح صغيرة بتزويج الحاكم له لم تسمع إلا بشروط أن يذكر اسم الحاكم ونسبه، وأن السلطان فوض إليه التزويج، وأنه لم يكن لها ولي كما في البزازية. ثم اعلم أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ويوم القتل يدخل هكذا في العمادية والظهيرية والولوالجية والبزازية وغيرها. وفرعوا على الأول ما لو برهن الوارث على موت مورثه في يوم ثم برهنت امرأة على أن مورثه كان نكحها بعد ذلك اليوم يقضى لها بالنكاح، وعلى الثاني لو برهن الوارث على أنه قتل يوم كذا فبرهنت المرأة على أن هذا المقتول نكحها بعد ذلك اليوم لا يقبل، وعلى هذا جميع العقود والمداينات. وكذا لو برهن الوارث على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه مات قبل هذا بزمان لا يسمع، ولو برهن على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه قتله فلان قبل هذا بزمان يكون دفعاً لدخوله تحت القضاء؛ هذه عبارة البزازية. وزاد الولوالجي موضحاً للثانية بقوله: ألا ترى أن امرأة لو أقامت البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم أقامت أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لا تقبل بينة المرأة الأخرى لأن النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ، فإذا ادعت امرأة أخرى بعد ذلك التاريخ بتاريخ لم يقبل ا هـ. وفي الظهيرية: ادعى ضيعة في يد رجل أنها كانت لفلان مات وتركها ميراثاً لفلانة لا وارث له غيرها، ثم إن فلانة ماتت وتركتها ميراثاً لي لا وارث لها غيري وقضى القاضي له بالضيعة فقال المقضي عليه دفعاً للدعوى إن فلانة التي تدعي أنت الإرث عنها لنفسك ماتت قبل فلان الذي تدعي الإرث عنه لفلانة اختلفوا فيه بعضهم قالوا: إنه صحيح. وبعضهم قالوا: إنه غير صحيح بناء على أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ا هـ. وفيها قبله بعد ما ذكر الفرق بين يوم الموت ويوم القتل قال: غير أن مسألة أخرى ترد إشكالاً على هذا وهي أن الرجل إذا ادعى على رجل أنه قتل أباه عمداً بالسيف منذ عشرين سنة وأنه وارثه لا وارث له سواه وأقام البينة على ذلك فجاءت

قوله: **(وزاد الولوالجي)** قال الرملي أي في كتاب القضاء في أواخر الفصل الرابع: وقوله «موضحاً للثانية» يعني دعوى المرأة النكاح بعد ثبوت القتل في يوم كذا قوله: **(فإذا ادعت امرأة أخرى بعد ذلك التاريخ الخ)** قال الرملي: وجه الشبه بين المسألتين أن تاريخ برهان المرأة على نكاح المقتول مخالف لتاريخ القتل إذ لا يتصور بعد قتله أن ينكح كما أن نكاح الثانية له يوم النحر بخراسان لا يتصور مع نكاح الأولى له يومه بمكه فهو مخالف من هذه الحيثية فأشبهت هذه المسألة الأولى في المخالفة، وكل من النكاح والقتل يدخل تحت الحكم فتأمل قوله: **(وفي الظهيرية ادعى ضيعة في يد رجل الخ)** قال الرملي: إذا كان الموت مستفيضاً علم به كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل لا يقضى له ولا يكون بطريق أن القاضي قبل البينة على ذلك الموت بل يكون بطريق التيقن بكذب المدعي؛ ارجع إلى التتارخانية من كتاب الشهادة في الفصل الثامن عشر يظهر لك صحة ما قلته. قوله: **(ولا**

....

امرأة ومعها ولد وأقامت البينة أن والد هذا تزوجها منذ خمسة عشر سنة وأن هذا ولده منها ووارثه مع ابنه هذا قال أبو حنيفة: أستحسن في هذ أن أجيز بينة المرأة وأثبت نسب الولد ولا أبطل بينة الابن على القتل. وكان هذا الاستحسان للاحتياط في أمر النسب بدليل أنها لو أقامت البينة على النكاح ولم تأت بالولد فالبينة بينة الابن وله الميراث دون المرأة، وهذا قول أبي يوسف ومحمد ا هـ. فقد علمت مما في الظهيرية استثناء مسألة من قولهم يوم الموت لا يدخل تحت القضاء على قول البعض، واستثناء مسألة من قولهم يوم القتل يدخل فافهم. وفي القنية من باب دفع الدعوى: ادعى عليه شيئاً أنه اشتراه من أبيه منذ عشر سنين والأب ميت للحال فأقام ذو اليد البينة أنه مات منذ عشرين سنة تسمع وقال عمر الحافظ: لا تسمع. قال أستاذنا رضي الله عنه: والصواب جواب الحافظ فينبغي أن يحفظ فإنه كان يحفظ أن زمان الموت لا يدخل تحت القضاء ا هـ. وهي ثانية تستثنى على قول البعض من قولهم يوم الموت لا يدخل أن زمان الموت لا يدخل. وفي خزانة الأكمل بعد ما ذكر أن يوم الموت لا يدخل ويوم القتل يدخل قال: ولو أقام رجل البينة أن هذا قتل أبي يوم النحر بمكة وأقام أخو هذا المدعي بينة على رجل آخر أنه قتل أبي يوسف النحر بالكوفة جازت ويحكم لكل واحد منهما بنصف الدية، أما لو كان القاتل واحداً والمقتول اثنين لم تقبل؛ ذكره في نوادر ابن رستم عن محمد ا هـ. ثم قال: ولو أقام رجل البينة أنه قتل أبي منذ سنة وأقام المشهود عليه بينة أن أباه صلى بالناس الجمعة الماضية قال أبو حنيفة: الأخذ بالأحدث أولى إن كان شيئاً مشهوراً ا هـ.

أبطل بينة الابن على القتل) قال الرملي: الظاهر أن حرف النفي زائد ولم يذكره في التتارخانية وعبارته: ولو أقام رجل البينة أن هذا الرجل قتل أباه منذ عشرين سنة، وأقامت المرأة البينة أنه تزوجها منذ خمس عشرة سنة وأن هؤلاء أولاده منها؛ استحسن أبو حنيفة رحمه الله إن أجاز بينة المرأة وأثبت النسب وأبطل بينة الابن على القتل والقياس أن يقضى ببينة القتل اهـ. قوله: **(أما لو كان القاتل واحداً والمقتول اثنين لم تقبل)** قال الرملي: يعني لو ادعى أن هذا قتل أبي زيداً يوم النحر بمكة وادعى آخر أنه قتل عمراً يوم النحر بالكوفة لا يجوز ولا يحكم لواحد منهما قوله: **(الأخذ بالأحدث أولى إن كان شيئاً مشهوراً)** قال الرملي: وهذا يقيد به ما مضى أيضاً وهذا قيد لازم لا بد منه حتى لو اشتهر موت رجل عند الناس فادعى رجل أنه اشترى منه داره منذ سنة وكان موته قد اشتهر عند الناس منذ عشرين سنة فدفعه بذلك يجب قبوله لما ذكر تأمل. ثم بفضل الله تعالى ومنته رأيت ما يشهد به صريحاً قال في التتارخانية في الفصل الثامن في التهاتر نقلاً عن الذخيرة فيما لو ادعى المشهود عليه أن الشهود محدودون في قذف من قاضي بلد كذا فأقام الشهود أنه أي القاضي مات في سنة كذا الخ أنه لا يقضى به إذا كان موت القاضي قبل تاريخ شهود المدعى عليه مستفيضاً اهـ. مع

صدقته أو سبقت بينته وعلى الشراء منه لكل نصفه ببدله إن شاء وبإباء أحدهما بعد

قوله: **(وهي لمن صدقته أو سبقت بينته)** لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين والتعبير بـ«أو» يفيد أن التصديق معتبر مرجح عند عدم التاريخ منهما أو مع استواء تاريخهما أو مع تاريخ أحدهما، فإن السبق إنما هو فيما إذا أرخا وسبق تاريخ أحدهما. وأطلق في اعتبار التصديق عند عدم السبق وهو مقيد بما إذا لم تكن في يد من كذبته ولم يكن دخل بها، أما إذا كانت في يد الآخر أو دخل بها فلا اعتبار بالتصديق لأنه دليل على سبق عقده ولا يعتبران مع سبق تاريخ الآخر لكونه صريحاً وهو يفوق الدلالة، وقد علم بما قررناه أن أحدهما لو أرخ فقط فإنها لمن أقرت له وهو مصرح به في الخلاصة والبزازية كما لو أرخ أحدهما وللآخر يد فإنها لذي اليد كما في البزازية بخلاف ما إذا برهنا وأرخ أحدهما فقط ولا إقرار فهي لصاحب التاريخ كما فيهما أيضاً، فالحاصل كما في الخلاصة أنه لا يترجح أحدهما إلا بسبق التاريخ أو باليد أو بإقرارها له أو دخول أحدهما ا هـ. وكان ينبغي أن يزيد أو بتاريخ من أحدهما فقط كما علمته. والحاصل أن أحدهما إذا أرخ فقط قدم إن لم يكن إقرار للآخر ولا يد، فإن وجد إقرار لأحدهما ويد للآخر قدم ذو اليد. وفي الظهيرية: لو دخل بها أحدهما وهي في بيت الآخر فصاحب البيت أولى. والحاصل أن سبق التاريخ أرجح من الكل ثم اليد ثم الدخول ثم الإقرار ثم ذو التاريخ. وأطلق في التصديق فشمل ما إذا سمعه القاضي أو برهن عليه مدعيه بعد إنكارها له كما في الخلاصة. ولو قالت زوجت نفسي من زيد بعد ما زوجت نفسي من عمرو وهما يدعيان فهي امرأة زيد عند أبي يوسف وعليه الفتوى كما هو في الخلاصة، وهو نظير ما لو قال لأختين تزوجت فاطمة بعد خديجة فامرأته فاطمة عند أبي يوسف، وخديجة عند محمد كما في الظهيرية. ثم اعلم أن بعضهم عبر بإقرارها وبعضهم بتصديقها فالظاهر أنهما سواء هنا، ولكن فرقوا بينهما فقال الشارح في باب اللعان: فإن أبت حبست حتى تلاعن أو تصدقه. وفي بعض نسخ القدوري «أو تصدقه فتحد» وهو غلط لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لأن التصديق ليس بإقرار قصداً فلا يعتبر في حق وجوب الحد ويعتبر في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ا هـ. وقدمناه في باب حد القذف أنه لو قال لرجل يا زاني فقال له

غاية الاختصار فراجعه إن شئت والله تعالى الموفق قول المصنف: **(وهي لمن صدقته أو سبقت بينته)** ظاهره أن الترجيح بالتصديق في رتبة الترجيح بسبق التاريخ وليس كذلك حتى لو صدقت من لم يسبق تاريخه لا يعتبر تصديقها ويقضى بالنكاح لمن سبق تاريخه لأن سبق التاريخ أرجح ثم اليد ثم الدخول ثم الإقرار، فلو قال المصنف «وهي لمن صدقته إن لم يسبق تاريخ الآخر» لكان أولى قوله: **(لأن التصديق ليس بإقرار قصداً)** قال الرملي: يفهم منه أنه إقرار ضمناً فلا يستدرك به على ما قالوه هنا. وقوله «فالظاهر أنهما سواء» صحيح في الحكم أما في أصل المفهوم فلا لاختلافهما لغة تأمل

....

غيره صدقت حد المبتدئ دون المصدق، ولو قال صدقت هو كما قلت فهو قاذف أيضاً ا هـ. وإنما وجب في الثانية للعموم في كاف التشبيه لا للتصديق فعلم بهذا أن الحد لا يجب بالتصديق. فإن قلت: لو قال لي عليك ألف فقال صدقت أيكون إقراراً ملزماً للمال؟ قلت: نعم لما في التلخيص: لو قال عليك ألف فقال الحق أو الصدق أو اليقين فهو إقرار لأنه للتصديق عرفاً، وكذا لو أنكر إلى آخر ما فيه. فإن قلت: إذا شهد عليه واحد فقال هو صادق أو شهد اثنان فقال صدقتما أو فهما صادقان هل يكون إقراراً؟ قلت: لم أرها الآن وينبغي أن لا يكون إقراراً إلا إذا قال فيما يشهد به أو شهدا به للاحتمال، أما لو قال إن شهد علي اثنان فهو علي صرحوا بأنه لا يصح تعليق الإقرار، وأنه لو قال إن حلف فعلى ما ادعى به فحلف لا يلزمه شيء فكذا هنا. وفي الخانية إن شهد فلان فعلى لا يلزمه ا هـ. ثم رأيته في شرح أدب القضاء للصدر الشهيد من باب المسألة عن الشهود عند الكلام على تعديل الخصم: لو قال المدعى عليه بعد ما شهد الشاهد هو عدل صادق كان إقراراً بخلاف ما لو قال الذي يشهد به على صدق لا يكون إقراراً وتمامه فيه.

قوله: **(وعلى الشراء منه لكل نصفه ببدله إن شاء)** أي لو برهن الخارجان على الشراء من ذي اليد خير كل منهما إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن، وإن شاء ترك لأن القاضي يقضي به بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كفضوليين باع كل منهما من رجل وأجاز المالك البيعين فإن كلاً منهما يخير لأنه تغير عليه شطر عقده فلعل رغبته في تملك الكل. أشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أن الخارجين لو برهن كل منهما على ذي اليد أنه أودعه الذي في يده فإنه يقضي به بينهما نصفين، ثم إذا أقام أحدهما البينة على صاحبه أنه عبده لم تسمع، ولو أقام أحدهما البينة على دعواه ولم يقم الآخر وأقام شاهداً واحداً أو شاهدين لم يزكيا فقضى بالعبد لصاحب البينة ثم أقام الآخر بينة عادلة على أنه عبده أودعه

قوله: **(قلت نعم لما في التلخيص الخ)** قال الرملي قال في البزازية: قال لي عليك كذا فقال صدقت يلزمه إذا لم يقل على وجه الاستهزاء ويعرف ذلك بالنغمة اهـ. فهو صريح فيما استنبطه. وأقول: لو اختلفا في كونه صدر على وجه الاستهزاء أم لا فالقول لمنكر الاستهزاء بيمينه، والظاهر أنه على نفي العلم لا على فعل الغير تأمل قوله: **(فقال الحق أو الصدق الخ)** قال الرملي وفي الخانية: ولو قال الحق حق واليقين يقين أو الصدق صدق لا يكون إقراراً قوله: **(ثم رأيته في شرح أدب القضاء الخ)** هذا مخالف لما بحثه والظاهر أن النسخة «رأيت» بدون ضمير.

قوله: **(بخلاف ما لو قال لخ)** قال الرملي: أي قبل ما شهد يدل عليه قوله الذي يشهد به، ولا شك أنه لو قال بعدما شهد الذي شهد به بصيغة الماضي يكون إقراراً اهـ. قلت: وعبارة شرح أدب القضاء وإن شهدا عليه فقال بعدما شهدا عليه الذي شهد به فلان على هو الحق ألزمه القاضي ولم يسأل عن الآخر لأن هذا إقرار منه، وإن قال قبل أن يشهدا عليه الذي شهد به فلان على حق أو

....

الذي في يده أو لم يذكروا ذلك فإنه يقضى به للثاني على المقضى له وتمامه في خزانة الأكمل. ويستفاد منه أحكام مسألة الكتاب فيما إذا أقام أحدهما بينة على الشراء وقضى له ثم أقام الآخر فإنه يقضى له على المقضى له بخلاف ما إذا برهنا وقضى بالتنصيف فبرهن أحدهما لم تسمع. وقيد بكون كل منهما مدعياً للشراء فقط للاحتراز عما إذا ادعى أحدهما شراء وعتيقاً والآخر شراء فقط فإن مدعي العتق أولى فإن العتق بمنزلة القبض؛ كذا في خزانة الأكمل. وقيد بقوله «منه» لأنهما لو ادعيا الشراء من غير ذي اليد فسيأتي. وقوله «ببدله» أي بنصف الثمن الذي عينه فإن ادعى أحدهما أنه اشتراه بمائة والآخر بمائتين أخذ الأول نصفه بخمسين والآخر نصفه بمائة. ولم يذكر المؤلف رحمه الله أن الثمن منقود أولاً لأنه لا فرق لكن إن برهن كل منهما على الشراء والنقد استرد نصف ما دفعه كما في خزانة الأكمل. وظاهر إطلاقه أنه لا اعتبار بتصديق ذي اليد أحدهما. وفي العمادية: وإقرار صاحب اليد لأحدهما لا يعتبر لأنه شهادة على قوله. وفي فوائد جدي شيخ الإسلام برهان الدين: إذا شهد البائع بالملك لمشتريه والعين في يد غيره بأن قال هذه العين ملكه لأني بعته منه أو قال كان ملكاً لي وبعته منه فإن كان المدعي في دعواه ادعى الشراء منه لا تقبل لأنه شهادة على قول نفسه ا هـ. وأفاد بإشارة كلامه مسألة التنازع في الميراث فلو ادعى كل من خارجين الميراث عن أبيه

هو الحق فلما شهدا قال للقاضي سل عنهما فإنهما شهدا علي بباطل وما كنت أظنهما يشهدان لم يلزمه وسأل عنهما لأنه إقرار معلق بالحظر فلا يصح قوله: **(وقيد بدعوى الشراء من واحد الخ)** قال في نور العين قاضيخان: خارجان ادعيا شراء من اثنين يقضي بينهما نصفين وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو أحق في ظاهر الرواية، وعند محمد لا يعتبر التاريخ يعني يقضي بينهما، وإن أرخ أحدهما فقط يقضي بينهما نصفين وفاقاً فلو لأحدهما يد فالخارج أولى؛ خلاصة. إلا إذا سبق تاريخ ذي اليد؛ هداية. برهن خارجان على شراء شيء من اثنين وأرخا فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضر أو ادعيا ثم يخير كل منهما كما مر يعني في مسألة دعوى الخارجين شراء من ذي اليد (كفا): لو برهنا على شراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلف روايات الكتب فما في الهداية يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ بل يقضى بينهما. وفي (بس) ما يدل صريحاً أن الأسبق أولى. يقول الحقير: ويؤيده ما مر عن قاضيخان أنه ظاهر الرواية، فما في الهداية اختيار قول محمد اهـ. ثم نقل بعده عن صاحب جامع الفصولين ترجيح ما في الهداية ورده بأن دليل ما في المبسوط وقاضيخان وهو أن الأسبق تاريخاً يضيف الملك إلى نفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره أقوى من دليل من ذهب إلا أنه لا يعتبر سبق التاريخ وهو قولهم لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فكأنهما حضرا وادعيا الملك بلا تاريخ. ووجه قوة الأول غير خافٍ على من تأمل. ويرجحه أنه ظاهر الرواية ثم قال: ولم أر ما لو ادعى ذوا يدين شراء من اثنين في الكتب صريحاً غير أن صاحب الوجيز قال بعد ذكر مسائل دعوى

القضاء لم يأخذ الآخر كله وإن أرخا فللسابق وإلا فلذي القبض والشراء أحق من الهبة

وبرهن قضى بها بينهما ولذا قال في خزانة الأكمل: دار في يد رجل ادعاها رجلان أحدهما ابن أخ الذي في يده وأقام كل بينة أنها له ورثها عن أبيه فلان لا وارث له غيره فقيل أن يقضي القاضي مات العم ولم يترك وارثاً غير ابن أخيه دفعت إليه ولم تبطل بينته فيقضي القاضي بالدار بينهما ثم إن أقام الأجنبي بينة بعده على أنها داره ورثها عن أبيه لم يصح، فإن زكيت شهود الأجنبي ولم يزك شهود ابن الأخ فقضى بها للأجنبي، فإن زكيت بينة ابن الأخ بعده لم يقض بشيء وتمامه فيها قوله: **(وبإباء أحدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله)** لأنه صار مقضياً عليه بالنصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه. قيد بقوله «بعد القضاء» لأنه قبل القضاء له أخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود إلى النصف للمزاحمة ولم يوجد، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ونظير الأول تسليمه بعد القضاء.

قوله: **(وإن أرخا فللسابق)** لأنه أثبت الشراء في زمن لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به، فإن كان البائع قبض الثمن منه رده إليه كما في السراج الوهاج. قيد بكونهما أرخا لأنه لو أرخ أحدهما فقط فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت. واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك. وقيد بدعوى الشراء من واحد لأنه لو اختلف بائعهما لم يترجح أسبقهما تاريخاً ولا المؤرخ فقط لأن ملك بائعهما لا تاريخ له، ولأنهما لو ادعيا الملك المطلق ولم يدعيا الشراء من ذي اليد فلا ترجيح لصاحب التاريخ عند الإمام كما سيأتي قوله: **(وإلا فلذي القبض)** أي والأسبق تاريخ أحدهما ومع أحدهما قبض قدم برهانه لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقضي اليد الثابتة بالشك، وظاهر الكتاب كما صرح به في المحيط تقديم صاحب القبض سواء أرخا واستوى تاريخهما أو لم يؤرخا وأرخت إحداهما فقط، وإنما يتأخر صاحبه إذا سبق تاريخ غيره لأن الصريح يفوق الدلالة فاقتصار الشارح في قوله «وإلا على ما إذا لم يؤرخا» قصور. ولي إشكال في عبارة الكتاب هو أن أصل المسألة مفروضة في خارجين ينازعان فيما في يد ثالث فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسألة، ثم رأيت في المعراج ما يزيله من جواز أن يراد أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن في يد البائع ا هـ. إلا أنه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة ا هـ. والحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغي إفرادها وحاصلها أن

الرجلين ملكاً مطلقاً: وكذا لو ادعيا تلقي الملك من اثنين بإرث أو شراء قوله: **(لأنه لو اختلف بائعهما لم يترجح أسبقهما)** قلت: سيأتي في شرح قول المتن «وعلى الشراء من آخر» نقل مثل ما ذكره هنا عن الزيلعي تبعاً للكافي وأنه سهو بل يقدم الأسبق، وقد علمت أن فيه اختلاف الرواية نعم

. . . .

خارجاً وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدم ذي اليد في الوجوه الثلاثة والخارج في وجه واحد.

قوله: **(والشراء أحق من الهبة)** أي لو برهن خارجان على ذي يد أحدهما على الشراء منه والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى من الهبة لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين، ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض. قيد باتحاد الملك لهما إذ لو اختفا استويا لأن كلاً منهما خصم عن مملكه في إثبات ملكه وهما فيه سواء بخلاف ما إذا اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب وفيه يقدم الأقوى. قال في البزازية: ادعى الشراء من رجل وادعى آخر هبة وقبضا من غيره والثالث إرثاً من أبيه والرابع صدقة وقبضا من آخر غيره فهو بينهم أرباعاً عند استواء الحجة إذ تلقوا الملك من مملكهم فكأنهم حضروا وبرهنوا على الملك المطلق ا هـ. وأطلقه وهو مقيد بأن لا تاريخ لهما إذا لو أرخا مع اتحاد الملك كان للأسبق بخلاف ما إذا اختلف المملك، ولو أرخت إحداهما فقط فالمؤرخة أولى. وقيد بكونهما خارجين للاحتراز عما إذا كانت في يد أحدهما والمسألة بحالها فإنه يقضى للخارج إلا في أسبق التاريخ فهو للأسبق، وإن أرخت إحداهما فقط فلا ترجيح لها كما في المحيط، وإن كانت في أيديهما يقضى بينهما إلا في أسبق التاريخ فهي له كدعوى ملك مطلق. وهذا إذا كان المدعى به مما لا يقسم كالعبد والدابة، وأما فيما يقسم كالدار فإنه يقضى لمدعي الشراء لأن مدعي الهبة أثبت بالبينة الهبة في الكل ثم استحق الآخر نصفه بالشراء، واستحقاق نصف الهبة في مشاع يحتمل القسمة تبطل الهبة بالإجماع فلا تقبل بينة مدعي الهبة فكان مدعي الشراء منفرداً بإقامة البينة؛ كذا في المحيط. وفي العمادية: والصحيح أنهما سواء لأن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن ا هـ. وأطلق في الهبة وهي مقيدة

ظاهر الرواية تقديم الأسبق كما ذكره قاضيخان قوله: **(فكأنهم حضروا وبرهنوا)** الضمائر راجعة إلى المملكين أي من ادعى المدعون هنا الملك من جهتهم، والظاهر أن قولهم من مملكيهم بياء الجمع قبل الضمير وسينقل المسألة عن الهداية قبيل قوله بعد ورقتين ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ. قوله: **(وفي العمادية والصحيح أنهما سواء الخ)** أقول: ليس الاستحقاق من قبيل الشيوع الطارئ بل هو من قبيل المقارن. قال في الكافي: وهب أرضاً وزرعها وسلمها فاستحق الزرع بطلت الهبة في الأرض لأن الزرع مع الأرض بحكم اتصال كشيء واحد، فإذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة فتبطل الهبة في الباقي؛ كذا في الكافي. قال صدر الشريعة: المفسد هو الشيوع المقارن لا الشيوع الطارئ كما إذا وهب ثم رجع في البعض الشائع أو استحق البعض الشائع بخلاف الرهن فإن الشيوع الطارئ يفسده. وفي الفصولين أن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة بالاتفاق وهو أن يرجع في بعض الهبة شائعاً، أما الاستحقاق فيفسد الكل لأنه مقارن لا

والشراء والمهر سواء والرهن أحق من الهبة ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ أو

بالتسليم كما في المحيط، ومقيدة بأن لا تكون بعوض إذ لو كانت بعوض كانت بيعاً كما في المحيط فإنه قال: الهبة بعوض أولى من الرهن لأن الشراء يفيد الملك بعوض للحال والرهن لا يفيد الملك للحال فكان الشراء أقوى ا هـ. ومقتضاه استواء الشراء والهبة بعوض، ولم أر حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض فإن الملك في كل منهما متوقف على القبض، وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أن الشراء أحق من الصدقة وإلى استواء الصدقة المقبوضة بالهبة المقبوضة للاستواء في التبرع ولا ترجيح للصدقة باللزوم لأن أثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال والهبة قد تكون لازمة بأن كانت لمحرم والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغني، وهذا فيما لا يحتمل القسمة اتفاقاً وفيما يحتملها عند البعض لأن الشيوع طارئ، وعند البعض لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كإقامة البينتين على الارتهان وهذا أصح؛ كذا في الهداية. وحاصله أن الصدقة أولى من الهبة فيما يحتمل القسمة، وهذا عند عدم التاريخ القبض كما سنبينه، وأما إذا أرخا قدم الأسبق، وإن لم يؤرخا ومع أحدهما قبض كان أولى، وكذا إذا أرخ أحدهما فقط كما قدمناه في الشراء من ذي اليد. وفي الخلاصة: ولو كان كلاهما هبة أو صدقة أو أحدهما هبة والآخر صدقة فما لم يذكر الشهود القبض لا يصح، وإن ذكروا القبض ولم يؤرخوا أو أرخوا تاريخاً واحداً فهو بينهما إذا كان لا يحتمل القسمة كالعبد ونحوه، وإن كان يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشيء عند أبي حنيفة، وعندهما يقضى بينهما نصفين، ولو كان في يد أحدهما يقضى له بالإجماع ا هـ.

قوله: **(والشراء والمهر سواء)** يعني لو ادعى أحدهما الشراء من ذي اليد وامرأة أنه تزوّجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه، وهذا عند أبي يوسف. وقال محمد: الشراء أولى ولهما على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزويج على عين مملوك للغير صحيح فيجب قيمته عند تعذر

طارئ؛ كذا ذكر شيخ الإسلام أبو بكر في هبة المحيط، هكذا قرره منلا خسرو في شرحه ثم قال أقول: عدة صورة الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارئ غير صحيح، والصحيح ما في الكافي والفصولين فإن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستنداً إلى ما قبل الهبة فيكون مقارناً لها لا طارئاً عليها اهـ. كذا في منح الغفار.

قوله: **(وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة)** قال بعض الفضلاء: رده المقدسي بأن الأولى تقديم الهبة لكونها مشروعة قوله: **(فهو بينهما إذا كان لا يحتمل القسمة)** إلى آخر كلامه تأمله مع قوله «الصدقة أولى من الهبة».

....

تسليمه. وأفاد باستوائهما أنها بينهما فيكون للمرأة نصفها ونصف قيمتها على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللمشتري نصفها ويرجع بنصف الثمن إن كان أداه وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه. وفي البناية: هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما فإن سبق تاريخ أحدهما كان أولى ا هـ. وفي العمادية: ولو اجتمع نكاح وهبة أو رهن أو صدقة فالنكاح أولى ا هـ. وفي جامع الفصولين أقول: لو اجتمع نكاح وهبة يمكن أن يعمل بالبينتين لو استويا بأن تكون منكوحة لذا وهبة للآخر بأن يهب أمته المنكوحة فينبغي أن لا تبطل بينة الهبة حذراً عن تكذيب المؤمن وحملاً على الصلاح، وكذ الصدقة مع النكاح، وكذا الرهن مع النكاح ا هـ. وقد كتبت في حاشيته أنه وهم لأنه فهم أن المراد لو تنازعا في أمة أحدهما ادعى أنها ملكه بالهبة وآخر أنه تزوجها وليس مرادهم، وإنما المراد من النكاح المهر كما عبر به في الكتاب ولذا قال في المحيط: والشراء أولى من النكاح عند محمد، وعند أبي يوسف هما سواء، لمحمد أن المهر صلة من وجه إلى آخره فقد أطلق النكاح وأراد المهر، ومما يدل على ما ذكرناه أن العمادي بعد ما ذكر أن النكاح أولى قال: ثم إن كانت العين في يد أحدهما فهو أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فحينئذ يقضى للخارج، ولو كانت في أيديهما يقضى بها بينهما نصفين إلا أن يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق فيقضى له ا هـ. فكيف يتوهم عاقل أن الكلام في المنكوحة بعد قوله تكون بينهما نصفين فيما إذا كانت في أيديهما فآخر الكلام أزال اللبس وأوضح كل تخمين وحدس وحكم بغلط الجامع عفا الله عنه. وينبغي أنهما لو تنازعا في الأمة ادعى أحدهما ملكه والآخر أنها منكوحته وهما من رجل واحد وبرهنا ولا مرجح أن يثبتا لعدم المنافاة فيكون ملكاً لمدعي الملك هبة أو شراء منكوحة للآخر كما بحثه الجامع ولم أره صريحاً. والغصب والإيداع سواء لما في الخلاصة: عبد في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده غصبه الذي في يديه وأقام آخر البينة أنه عبده أودعه الذي في يديه يقضى به بينهما اهـ.

قوله **(والرهن أحق من الهبة)** يعني لو ادعى أحدهما رهناً مقبوضاً والآخر هبة وقبضاً وبرهنا فالرهن أولى وهذا استحسان، والقياس أن الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته. ووجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى. أطلق الهبة وهي مقيدة بأن لا عوض فيها فإن كانت بشرط العوض فهي أولى من الرهن لأنها بيع انتهاء، والبيع أولى من الرهن لأنه ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض. قيد بكون العين في يد ثالث إذ لو كانت في يد أحدهما فإنه أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فهو أولى، ولو كانت في أيديهما يقضى بها بينهما نصفين إلا أن يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق فيقضى له. قال العمادي: هذا في الشراء والهبة والصدقة مستقيم لأن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة على ما عليه الفتوى، أما في الرهن لا يستقيم لأن

. . . .

الشيوع الطارئ يفسد الرهن فينبغي أن يقضى بالكل لمدعي الشراء إذا اجتمع الرهن والشراء لأن مدعي الرهن أثبت رهناً فاسداً فلا تقبل بينته فصار كأن مدعي الشراء انفرد بإقامة البينة ولهذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده: إنه إنما يقضى به بينهما فيما إذا اجتمع الشراء والهبة إذا كان المدعي مما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة، أما إذا كانت شيئاً يحتملها يقضى بالكل لمدعي الشراء قال: لأن مدعي الشراء قد استحق النصف على مدعي الهبة. واستحقاق نصف الهبة في مشاع يحتمل القسمة يوجب فساد الهبة فلا تقبل بينة مدعي الهبة غير أن الصحيح ما أعلمتك من أن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن والله أعلم ا هـ.

قوله: **(ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ أو على الشراء من واحد فالأسبق أحق)** لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه. وأطلق الواحد فشمل ذا اليد، وقيده في الهداية بغير ذي اليد وتعقبه الشارحون بأنه لا فائدة فيه فإنه الحكم لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو غيره بعد أن يكون البائع واحداً ولا يعلم فيه خلاف اهـ. ويتأتى التفريع فيها كالتي قبلها من أن أحدهما إذا ادعى شراء والآخر هبة وقبضاً إلى آخره. وحاصل المسألتين أن الخارجين ادعيا تلقي الملك من واحد سواء كان ذلك الواحد ذا يد أو غيره. قلت: إنما قيده به لأنهما لو ادعيا الشراء من ذي اليد فقد تقدمت فلا فائدة في التعميم مع تقدم تلك المسألة. وقيد بالبرهان على التاريخ منهما في الأولى لأنه لو أرخت إحداهما دون الأخرى فهما سواء كما لو لم يؤرخا عنده. وقال أبو يوسف: المؤرخ أولى. وقال محمد: المبهم أولى بخلاف ما إذا أرخت إحداهما فقط في الثانية فإن المؤرخ أولى. والحاصل أنهما إذا لم يؤرخا أو أرخا واستويا فهي بينهما في المسألتين، وإن أرخا وسبق إحداهما فالسابق أولى فيهما، وإن أرخت إحداهما فقط فهي الأحق في الثانية لا في الأولى، وقدمنا أن دعوى الوقف كدعوى الملك المطلق فيقدم الخارج والأسبق تاريخاً. وفي السراج الوهاج: فإن كان المدعي دابة أو أمة فوافق سنها أحد التارخين كان أولى لأن سن الدابة مكذب لأحد البينتين فكان من صدقه أولى قوله: **(وعلى الشراء من آخر وذكرا تاريخاً استويا)** أي برهن كل واحد منهما على الشراء من آخر وذكر تاريخاً فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا. أطلق في قوله «وذكرا تاريخاً» فشمل ما إذا استوى

قوله: **(غير أن الصحيح ما أعلمتك)** قال الرملي قال الغزي: هذا الكلام من العمادي يشير إلى أن الاستحقاق من قبيل الشيوع الطارئ وليس كذلك، بل هو من الشيوع المقارن المفسد كما صرح به في جامع الفصولين وصححه في شرح الدرر والغرر وقد نقله المصنف في كتابه هذا من كتاب الهبة وأقره اهـ. قلت: وقدمنا عبارة الغزي في كتابه المنح قبل ورقة قوله: **(قلت إنما قيد به الخ)** يمكن أن يقال إنه كان الأولى حينئذ حذف تلك المسألة والاستغناء عنها بهذه روماً للاختصار بتعميم الواحد ليشمل ذا اليد وغيره ولذا قال في العناية: قوله «من واحد» أي من غير ذي اليد ليس فيه زيادة فائدة

....

تاريخهما أو سبق تاريخ أحدهما بخلاف ما إذا كان الملك لهما واحداً حيث يكون الأسبق أولى؛ كذا ذكره الشارح تبعاً للكافي وهو سهو بل يقدم الأسبق هنا أيضاً. والمراد بقوله كما في الهداية وذكرا تاريخ التساوي فيه أي تاريخاً واحداً ولذا قال في غاية البيان: وإن كان تاريخ أحدهما أسبق كان أولى على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخراً، وهو قول محمد في رواية أبي حفص، وعلى قول أبي يوسف الأول يقضى به بينهما نصفين وذلك لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فصار كأن البائعين حضرا وادعيا ملكاً مطلقاً لأنفسهما والحكم في دعوى الملك المطلق ذلك فكذا هنا اهـ.

وفي خزانة الأكمل: وذكر في الكتاب لو وقتا وقتين فصاحب الوقت الأول أولى اهـ. والعجب من الشارح أنه جعله من قبيل دعوى الملك المطلق ونسي ما قاله في الكتاب قريباً من قوله «ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ فالأسبق أحق فقط» ولو قال المؤلف «وذكرا تاريخاً أو أحدهما فقط» لكان أولى فلا يترجح صاحب التاريخ على غيره لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره. ثم اعلم أن البينة على الشراء لا تقبل حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو

فإنه لا تفاوت في سائر الأحكام بين أن يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره اهـ. فحيث كانت الأحكام متحدة فلا فائدة بالتطويل تأمل قوله: **(وهو سهو الخ)** قال الرملي: بل السهو منه لا من الشارح والكافي إذ المسألة فيها اختلاف الرواية، ثم نقل جامع الفصولين ما قدمناه محققاً عن نور العين في شرح قول المتن «وإن أرخا فللسابق» فراجعه. والحاصل أن ما مشى عليه الشارح الزيلعي موافق لما في الهداية وهو ما رجحه صاحب جامع الفصولين.

قوله: **(بل يقدم الأسبق هنا أيضاً)** أي فيما إذا كان المملك متعدداً كما إذا كان متحداً قوله: **(والعجب من الشارح)** قال الرملي: لا عجب منه بل العجب منك إذ ملك البائعين ملك بلا تاريخ كما علم من قوله فصار كأنهما حضرا وبرهنا على الملك المطلق بلا تاريخ ومسألة الكتاب في برهان الخارجين على الملك المطلق والتاريخ وفيها الأسبق الأحق فبين المسألتين بون فأي عجب من الشارح؟ وإنما العجب منك تأمل قوله: **(ثم اعلم أن البينة على الشراء الخ)** قال في نور العين في آخر الفصل السادس رامزاً للمبسوط: لا تقبل بينة الشراء من الغائب إلا بالشهادة بأحد الثلاثة: إما بملك بائعه بأن يقولوا باع وهو يملكه، وإما بملك مشتريه بأن يقولوا هو للمشتري اشتراه من فلان، وإما بقبضه بأن يقولوا اشتراه منه وقبضه اهـ. وفيه رامزاً لفتاوى القاضي ظهير: ادعى إرثاً ورثه من أبيه وادعى آخر شراءه من الميت وشهوده شهدوا بأن الميت باعه منه ولم يقولوا باعه منه وهو يملكه قالوا: لو كانت الدار في يد مدعي الشراء أو مدعي الإرث فالشهادة جائزة لأنها على مجرد البيع إنما لا تقبل إذا لم تكن الدار في يد المشتري أو الوارث، أما لو كانت فالشهادة بالبيع كالشهادة ببيع وملك اهـ قوله:

على الشراء من واحد فالأسبق أحق وعلى الشراء من آخر وذكرا تاريخاً استويا ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ وتاريخ ذي اليد أسبق أو برهنا على النتاج أو سبب ملك لا يتكرر أو الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أحق ولو برهن كل على

يملكها كما في خزانة الأكمل. وفي السراج الوهاج: لا تقبل الشهادة على الشراء من فلان حتى يشهدوا أنه باعها منه وهو يومئذ يملكها أو يشهدوا أنها لهذا المدعي اشتراها من فلان بكذا ونقده الثمن وسلمها إليه لأن الإنسان قد يبيع ما لا يملك لجواز أن يكون وكيلاً أو متعدياً فلا يستحق المشتري الملك بذلك فلا بد من ذكر ملك البائع أو ما يدل عليه اهـ. قلت: إذا كان البائع وكيلاً فكيف يشهدون بأنه باعها وهو يملكها فليتأمل. وفي البزازية: إن كان المبيع في يد البائع تقبل من غير ذكر ملك البائع، وإن كان في يد غيره والمدعي يدعيه لنفسه إن ذكر المدعي وشهوده أن البائع يملكها أو قالوا سلمها إليه وقال سلمها إلي أو قال قبضت وقالوا قبض أو قال ملكي اشتريتها منه وهي لي تقبل، فإن شهدوا على الشراء والنقد ولم يذكروا القبض ولا التسليم ولا ملك البائع ولا ملك المشتري لا تقبل الدعوى ولا الشهادة، ولو شهدوا باليد للبائع دون الملك اختلفوا اهـ. وإذا استويا في مسألة الكتاب يقضى به بينهما نصفين ثم يخير كل واحد منهما إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك. وأشار المؤلف إلى أن أحدهما لو ادعى الشراء من رجل وهو يملكه وادعى الآخر الهبة من آخر وقبضها منه وهو يملكها فإنها تكون بينهما ولذا قال في الهداية: ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والآخر الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم أرباعاً لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق اهـ.

قوله: **(ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ وتاريخ ذي اليد أسبق أو برهنا على النتاج أو سبب ملك لا يتكرر أو الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أحق)** بيان لثلاث مسائل تقدم فيها بينة ذي اليد على الخارج: الأولى برهنا على ملك مؤرخ وسبق تاريخ ذي اليد وهذا عندهما، ورواية عن محمد وعنه عدم قبولها رجع إليه لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء. ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة، وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى ما بينا. قيد بسبق تاريخ ذي اليد لأنه لو لم يكن لهما تاريخ أو استوى تاريخهما أو أرخت إحداهما فقط كان الخارج أولى، وكذا لو كانت في أيديهما فإنها تقدم المؤقتة على غيرها

(قلت الخ) أقول: إذا عرف الشهود أن البائع وكيل فالظاهر أنهم يقولون باعها بالوكالة عمن يملكها على أنك علمت مما نقلناه آنفاً أن خصوص وهو يملكها غير لازم.

....

بخلاف ما إذا كانت في يد ثالث فإنهما سواء عنده، وعند الثاني تقدم المؤقتة، وعند الثالث المطلقة وهو المراد بقوله «ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق» ومراده وتاريخ ملك ذي اليد أسبق، وإنما قررناه للاحتراز عما في خزانة الأكمل: أمة في يد رجل أقام آخر البينة أنها له منذ سنتين وأقام البينة أنها في يده منذ سنتين ولم يشهدوا أنها له قضيت بها للمدعي اهـ. لأن بينة ذي اليد إنما شهدت باليد لا بالملك ولا بد من تحقق سبق تاريخ ذي اليد لما في الخزانة أيضاً: لو أقام المدعي البينة أنها له منذ سنة أو سنتين شك الشهود فيه وأقام ذو اليد أنها له منذ سنتين قضى بها لذي اليد، ولو وقت شهود المدعي سنة ووقت شهود ذي اليد سنة أو سنتين فهي للمدعي اهـ. والشهادة بأنها له عام أول مقدمة على أنها له منذ العام كما فيها أيضاً. الثانية أقام كل من الخارج وذي اليد بينة على النتاج فصاحب اليد أولى لأن البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح، ودليله من السنة ما روى جابر بن عبد الله أن رجلاً ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجت وأقام الذي في يديه البينة أنها ناقته نتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده، وهذا حديث صحيح مشهور فصارت مسألة النتاج مخصوصة؛ كذا في المحيط. وأشار إلى أن أحدهما لو برهن على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان لأن بينته على أولية الملك فلا يثبت الآخر إلا بالتلقي من جهته، وكذا إذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا. وفي الهداية: ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يكن مقضياً عليه بتلك القضية، وكذا المقضى عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص اهـ. وأطلق في قوله «ولو برهنا» فشمل ما إذا برهن الخارج فقط على النتاج وقضى له ثم برهن ذو اليد فإنه يقضى له ويبطل القضاء الأول كما في خزانة الأكمل. وفي جامع الفصولين معزياً إلى العدة: ادعى ذو اليد نتاجاً أيضاً ولم يبرهن حتى حكم بها للمدعي بالنتاج ثم برهن المدعى عليه على النتاج لا ينقض الحكم اهـ. ثم اعلم أن المقضى عليه في حادثة لا تسمع دعواه بعده إلا إذا برهن على إبطال القضاء أو على تلقي الملك من المقضى له أو على النتاج كما في العمادية والبزازية.

وأطلقه فشمل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أحدهما أو لم يؤرخا أصلاً أو أرخت إحداهما فلا اعتبار بالتاريخ من النتاج إلا من أرخ تاريخاً مستحيلاً بأن لم يوافق سن المدعي لوقت ذي اليد ووافق وقت الخارج فيحنئذ يحكم للخارج، ولو خالف سنة للوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ ويترك في يد ذي اليد على ما كان؛ كذا في رواية. وهو بينهما

قوله: **(ثم اعلم أن المقضى عليه الخ)** تقدم الكلام على هذه المسألة قبل هذا الباب. وقال

....

نصفان في رواية؛ كذا في جامع الفصولين. والنتاج ولادة الحيوان ووضعه عنده من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما في المغرب. والمراد ولادته في ملكه أو في ملك بائعه أو مورثه ولذا قال في خزانة الأكمل: لو أقام بينة أن هذه الدابة نتجت عنده أو نسج هذا الثوب عنده أو أن هذا الولد ولدته أمته ولم يشهدوا بالملك له فإنه لا يقضى له اهـ. وكذا لو شهدوا أنها بنت أمته لأنهم إنما شهدوا بالنسب؛ كذا في الخزانة. وإنما قلت أو ملك بائعه لما في جامع الفصولين: برهن كل من الخارج وذي اليد على نتاج في ملك بائعه حكم لذي اليد إذ كل منهما خصم عن بائعه فكان بائعهما حضر أو ادعيا ملكاً بنتاج فإنه يحكم لذي اليد، ولو برهن أنه له ولد في ملكه وبرهن ذو اليد أنه له ولد في ملك بائعه حكم به لذي اليد لأنه خصم عمن تلقى الملك منه ويده يد المتلقي منه فكأنه حضر وبرهن على النتاج والمدعي في يده يحكم له به كذا هذا اهـ. وبه ظهر أنه لا يترجج نتاج في ملكه على نتاج في ملك بائعه، ولا يشترط أن يشهدوا بأن أمه في ملكه لكن لو شهدت بينة بذلك دون أخرى قدمت عليها لما في الخزانة: عبد في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد في ملكه وأقام آخر البينة أنه عبده ولد في ملكه من أمته هذه قضى للذي أمه في يده، فإن أقام صاحب اليد البينة أنه عبده ولد في ملكه من أمة أخرى فصاحب اليد أولى. عبد في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد من أمته هذه من عبده هذا وأقام رجل آخر البينة بمثل ذلك فهو بينهما نصفان فيكون ابن عبدين وأمتين، وقال صاحباه لا يثبت نسبه منهما اهـ. وفي جامع الفصولين: برهن الخارج أن هذه أمته ولدت هذا القن في ملكي وبرهن ذو اليد على مثله يحكم بها للمدعي لأنهما ادعيا في الأمة ملكاً مطلقاً فيقضى بها للمدعي ثم يستحق القن تبعاً اهـ. وبهذا ظهر أن ذا اليد إنما يقدم في دعوى النتاج على الخارج أن لو لم يتنازعا في الأم، أما لو تنازعا فيها في الملك المطلق وشهدوا به وبنتاج ولدها فإنه لا يقدم وهذه يجب حفظها. وإنما قلت أو ملك مورثة لما في القنية كما تقدم بينة ذي اليد إذا ادعى أولية الملك بالنتاج عنده فكذا إذا ادعاه عند مورثه، فإذا أقاما بينة على عمارة دار أن أباه بناها منذ ستين سنة وقالا مات وتركها ميراثاً لنا فبينة ذي اليد أولى اهـ.

وقيد بكون كل منهما مدعياً للملك والنتاج فقط إذ لو ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والإجارة والعارية فبينة الخارج أولى، وإن ادعى ذو اليد النتاج لأن بينة الخارج في

الرملي: والظاهر أن ما في خزانة الأكمل هو الراجح كما يشهد له الاقتصار عليه في العمادية والبزازية وغيرهما فازدد نقلاً في المسألة إن شئت.

قوله: **(إذ لو ادعى الخارج الفعل على ذي اليد الخ)** قال في متن الدرر: إلا إذا ادعى الخارج عليه فعلاً في رواية ثم قال بعد نقله في الذخيرة: وإنما قال في رواية لما قال العمادي بعد نقل كلام

....

هذه الصور أكثر إثباتاً لإثباتها الفعل على ذي اليد إذ هو غير ثابت أصلاً كما ذكره الشارح. وفي المحيط: الخارج وذو اليد إذا أقاما البينة على نتاج العبد والخارج يدعي الإعتاق أيضاً فهو أولى، وكذا إذا ادعيا وهو في يد ثالث وأحدهما يدعي الإعتاق فهو أولى لأن بينة النتاج مع العتق أكثر إثباتاً لأنها أثبتت أولية الملك على وجه لا يستحق عليه أصلاً، وبينة ذي اليد أثبتت الملك على وجه يتصور استحقاق ذلك عليه بخلاف ما إذا ادعى الخارج العتق مع مطلق الملك وذو اليد ادعى النتاج فبينة ذي اليد أولى لأنهما لم يستويا في إثبات أولية الملك لأن الخارج ما أثبت الملك فلم يعتبر العتق للترجيح. وكذا لو ادعى الخارج التدبير أو الاستيلاد مع النتاج أيضاً وذو اليد مع النتاج عتقاً باتاً فهو أولى، ولو ادعى ذو اليد التدبير أو الاستيلاد مع النتاج والخارج ادعى عتقاً باتاً مع النتاج فالخارج أولى اهـ. وقيد بتنازع الخارج مع ذي اليد إذ لو كانا خارجين ادعى كل دابة في يد آخر وبرهنا على النتاج فإنهما يستويان ويقضى بها بينهما كما في كافي الحاكم. وفي شهادات البزازية: عاين الشاهد دابة تتبع دابة وترتضع له أن يشهد بالملك والنتاج اهـ. وفي الخلاصة: وعلى هذا لو شهد شاهدان على النتاج لزيد وآخران على النتاج لعمرو ويتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت له في ملكه وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن انثى في ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين اهـ. وألحقوا بالنتاج ما لا يتكرر سببه لكونه في معناه لأنه دعوى أولية الملك كالنسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كالثياب القطنية وغزل القطن وجلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف، وإن كان سبباً يتكرر لا يكون في معناه فيقضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج لأن القضاء ببينة هو الأصل، وإنما عد لنا عنه بخبر النتاج فإذا برهن الخارج أنه ثوبه نسجه وبرهن ذو اليد كذلك، فإن علم أنه لا ينسج إلا مرة فهو لذي اليد، وإن علم تكرار نسجه فهو للخارج كالخز. وكذا إذا أشكل، وكذا إذا اختلفا في صوف وبرهن كل أنه صوفه جزه من غنمه فإنه يقضى به لذي اليد. وأورد كيف يكون الجز في معناه وهو ليس بسبب لأولية الملك لأن الصوف كان مملوكاً له قبله.

الذخيرة ذكر الفقيه أبو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال: دابة في يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته أجرها من ذي اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه، وذو اليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضي بها لذي اليد لأنه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الإجارة أو الإعارة، والنتاج أسبق منهما فيقضي لذي اليد وهذا خلاف ما نقل عنه اهـ. وفي نور العين: الظاهر أن ما في الذخيرة هو الأصح والأرجح لأن اليد دليل الملك والنتاج من خصائصه فيكون دعوى ذي اليد نتاجاً موافقاً للظاهر، وأما دعوى الخارج فعلاً على ذي اليد فخلاف الظاهر، والبينات

....

وأجاب عنه في الكافي بأنه كوصف الشاة ولم يكن مالاً إلا بعد الجز ولذا لم يجز بيعه قبله. ونصل السيف يسأل عنه فإن أخبروا أنه لا يضرب إلا مرة كان لذي اليد وإلا فللخارج. والغزل في معنى النتاج لأنه لا يتكرر وهو سبب لأولية الملك في المغزول والحنطة مما يتكرر فإن الإنسان قد يزرع في الأرض ثم يغر بل التراب فيميز الحنطة منها ثم تزرع ثانية، وكذا كل ما يكال أو يوزن والجبن لا يصنع إلا مرة وهو سبب لأولية الملك، وكذا اللبن إذا تنازعا في كونه حلب في ملكه والنخل يغرس غير مرة، فإذا تنازعا في أرض ونخيل في يد رجل فإنه يقضى للخارج بهما، وكذا في أرض مزروعه، أما إذا كان الزرع مما يتكرر فظاهر وإلا كان تبعاً للأرض؛ كذا في الخلاصة. وفيها: لو أقام البينة على شاة في يد غيره أنها شاته وجز هذا الصوف منها وأقام ذو اليد أن الشاة التي يدعيها له وجز الصوف منها فإنه يقضى بالشاة للمدعي لأنهما ادعيا في الشاة ملكاً مطلقاً فيقضى بالشاة للخارج ثم يتبعها الصوف لأن الجز ليس من أسباب الملك اهـ. والحاصل أن المنظور إليه من كونه يتكرر أولاً إنما هو الأصل لا التبع. وفي خزانة المفتين: شاتان في يد رجل إحداهما بيضاء والأخرى سوداء فادعاهما رجل وأقام البينة أنهما له وأن هذه البيضاء ولدت هذه السوداء في ملكه وأقام ذو اليد البينة أنهما له وأن هذه السوداء ولدت هذه البيضاء في ملكه فإنه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي ذكرت شهوده أنها ولدت في ملكه. وإن كان في يد رجل حمام أو دجاج أو طير مما يفرخ أقام رجل البينة أنه له فرخ في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على مثل ذلك قضى به لصاحب اليد، ولو ادعى لبناً في يد رجل ضربه في ملكه وبرهن ذو اليد يقضى به للخارج، ولو كان مكان اللبن آجر أو جص أو نورة يقضى به لصاحب اليد وغزل القطن لا يتكرر فيقضى به لذي اليد بخلاف عزل الصوف وورق الشجر وثمرته مع النتاج بخلاف غصن الشجرة والحنطة، ولا بد من الشهادة بالملك مع السبب الذي لا يتكرر كالنتاج، ولو برهن الخارج على أن البيضة التي تعلقت من هذه الدجاجة كانت له لم يقض له

إنما شرعت لإثبات خلاف الظاهر فينبغي أن تكون بينة الخارج أولى في المسألة المذكورة، يؤيده ما قال صاحب الخلاصة: ذكر الإمام خواهرزاده في كتاب الولاء أن ذا اليد إذا ادعى النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذو اليد أو أودعه له أو أعاره منه كانت بينة الخارج أولى. وإنما تترجح بينة ذي اليد على النتاج إذا لم يدع الخارج فعلاً على ذي اليد، أما لو ادعى فعلاً كالشراء وغير ذلك فبينة الخارج أولى لأنها أكثر إثباتاً لأنها تثبت الفعل عليه اهـ.

قوله: **(وفيها لو أقام البينة على شاة الخ)** هذه المسألة نظير المسألة المتقدمة عن جامع الفصولين: لو برهن الخارج أن هذه أمته وولدت هذا القن في ملكي الخ. قوله: **(فإنه يقضي لكل واحد منهما الخ)** أي فيقضي للأول بالسوداء وللثاني بالبيضاء. قال في التتارخانية عقب هذه المسألة: هكذا ذكر محمد، وهذا إذا كان سن الشاتين مشكلاً فإن كانت واحدة منهما تصلح أماً للأخرى والأخرى لا

الشراء من الآخر ولا تاريخ سقطا وتترك الدار في يد ذي اليد ولا يرجح بزيادة عدد

بالدجاجة ويقضى على صاحب الدجاجة ببيضة مثلها لصاحبها لأن ملك البيضة ليس بسبب لملك الدجاجة، فإن من غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة له كان الفرخ للغاصب وعليه مثلها بخلاف الأمة فإن ولدها لصاحب الأم وجلد الشاة يقضى به لصاحب اليد، والجبة المحشوة والفرو وكل ما يقطع من الثياب والبسط والأنماط والثوب المصبوغ بعصفر أو زعفران يقضى بها للخارج اهـ. الثالثة برهن الخارج على الملك المطلق وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أولى لأن الأول وإن كان يدعي أولية الملك فهذا تلقي منه، وفي هذه لا تنافي كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه. وأشار المؤلف رحمه الله إلى أن الخارج لو برهن أن فلاناً القاضي قضى له بهذه الأمة بشهود أنها له وبرهن ذو اليد على النتاج فإنه يقدم الخارج وهو قولهما لأن القضاء صح ظاهراً فلا ينقض ما لم يظهر خطؤه بيقين ولم يظهر لاحتمال أنه اشتراها من ذي اليد. وعند محمد يقضى بها لذي اليد؛ كذا في الكافي. وهذا إذا لم يبينوا سبب القضاء فإن بينوه فإن شهدوا أن القاضي أقر عندهم أنه قضى بشهادة شهود أنها له أو بالنتاج فإنه ينقض القضاء اتفاقاً، وإن شهدوا أنه قضى له بالنتاج ببينة ولم يشهدوا على إقرار القاضي لا ينقض القضاء لاحتمال القضاء بالشراء من ذي اليد؛ كذا في خزانة المفتين.

قوله: **(ولو برهن كل على الشراء من الآخر ولا تاريخ سقطا وتترك الدار في يد ذي اليد)** وهذا عندهما، وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لأن القبض دلالة السبق، ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده. ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع كذا هنا، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يفيده، ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص

تصلح أماً لهذه كانت علامة الصدق ظاهرة في شهادة شهود أحدهما فيقضى بشهادة شهوده. وعن أبي يوسف فيما إذا كان سن الشاتين مشكلاً إني لا أقبل بينتهما وأقضي بالشاة لكل واحد منهما بالشاة التي في يده، وهذا قضاء ترك لا قضاء استحقاق. ولو أقام الذي في يده البيضاء أن البيضاء شاتي ولدت في ملكي والسوداء التي في يد صاحبي شاتي ولدت من هذه البيضاء، وأقام الذي السوداء في يده أن السوداء ولدت في ملكي والبيضاء التي في يد صاحبي ملكي ولدت من هذه السوداء فإنه يقضى لكل واحد منهما بما في يده اهـ. ولو كانت في أيديهما فهي للثاني. ولو برهنا على نتاج دابة وأرخا قضى لمن وافق سنها تاريخه، وإن أشكل ذلك فلهما. ولو برهن أحد الخارجين على الغصب والآخر على الوديعة استويا، والراكب واللابس أحق من آخذ اللجام والكم، وصاحب الحمل والجذوع والاتصال أحق من الغير. ثوب في يده وطرفه في يد آخر نصف. صبي يعبر عن

الشهود دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللأول ربعها والباقي للآخر

عندهما إذا استويا لوجود قبض المضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده. ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاتر بالإجماع لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول، وإن وقتت البينتان في العقار ولم يثبتا قبضاً ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه، وإن بينتا قبضا يقضى لصاحب اليد لأن البيعين جائزان على القولين. وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراها ذو اليد وقبض. ثم باع ولم يسلم أو سلم ووصل إليه بسبب آخر؛ كذا في الهداية. وفي المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافي وفيه: دار في يد زيد برهن عمرو على أنه باعها من بكر بألف وبرهن بكر على أنه باعها من عمرو بمائة دينار وجحد زيد ذلك كله قضى بالدار بين المدعيين ولا يقضى بشيء من الثمنين لأنه تعذر القضاء بالبيع لجهالة التاريخ. ولم يتعذر القضاء بالملك، وعند محمد يقضى بها بينهما ولكل واحد نصف الثمن على صاحبه لأنه لم يسلم لكل واحد إلا نصف المبيع. ولو ادعت امرأة شراء الدار من عمرو بألف وعمرو ادعى أنه اشتراها منها بألف وزيد وهو ذو اليد يدعي أنها له اشتراها من عمرو بألف وأقاموا البينة قضى لذي اليد لتعارض بينتي غيره فبقيت بينته بلا معارض. وعند محمد يقضى بالدار لذي اليد بألف عليه للخارج ويقضى لها على الخارج بألف لأن ذا اليد والمرأة ادعيا التلقي من الخارج فيجعل كأنها في يده اهـ. وقيد بقوله «ولا تاريخ» لأنهما لو أرخا يقضى به لصاحب الوقت الآخر؛ كذا في خزانة الأكمل. وأشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أنه لو برهن كل على إقرار الآخر أن هذا الشيء له فإنهما يتهاتران ويبقى في يد ذي اليد؛ كذا في الخزانة أيضاً قوله: **(ولا يرجح بزيادة عدد الشهود)** فلو أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء، وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة لأن الترجيح لا يقع بكثرة العلل حتى لا يترجح القياس بقياس آخر ولا الحديث بحديث آخر، وشهادة كل شاهدين علة تامة فلا تصلح للترجيح والعدالة ليست بذي حد فلا يقع الترجيح بها.

قوله: **(دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللأول ربعها والباقي للآخر)** عند أبي حنيفة اعتباراً لطريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما. وقالا: هي بينهما أثلاثاً

نفسه فقال أنا حر فالقول له، وإن قال أنا عبد لفلان أو لا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن في يده.
عشرة أبيات من دار في يذه وبيت في يد آخر فالساحة نصفان. ادعى كل أرضاً أنها في يده ولبن أحدهما فيها أو بنى أو حفر فهي في يده كما لو برهن أنها في يده.

. . . .

فاعتبر طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم أثلاثاً. وذكر في الهداية أن لهذه المسألة نظائر وأضداداً لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات اهـ. وذكر المؤلف في الكافي بعضها وقال: وسيجيء في كتاب الديات على الاستقصاء مع الأصول إن شاء الله تعالى اهـ. واختصر الشارح مسائلها وقال: وبيان طرق هذه المسائل وتخريجها على هذه الأصول وتمام تفريعها مذكور في شرح الزيادات لقاضيخان اهـ. وقد يسر الله تعالى لي بشرح الزيادات لقاضيخان قبيل تأليف هذا المحل فأحببت أن أنقلها منه بألفاظه فأقول مستعيناً بالله: قال قاضيخان في هذا الشرح من كتاب الجنايات من باب جناية أم الولد على مولاها وعلى غيره: وجنس مسائل القسمة أربع، منها ما يقسم بطريق العول والمضاربة عند الكل، ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عندهم، ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة وعندهما بطريق العول والمضاربة، ومنها ما يقسم على عكس ذلك. أما ما يقسم بطريق العول عندهم ثمانٍ: إحداها الميراث إذا اجتمعت سهام الفرائض في التركة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين أرباب الديون على طريق العول. والثانية إذا اجتمعت الديون المتفاوتة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول. والثالثة إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربع ماله ولآخر بسدس ماله ولم تجز الورثة حتى عادت الوصايا إلى الثلث يقسم الثلث بينهم على طريق العول. والرابعة الوصية بالمحاباة إذا أوصى أن يباع العبد الذي قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفي درهم وأوصى لآخر أن يباع منه العبد الذي يساوي ألفي درهم بألف درهم حتى حصلت المحاباة لهما بألفي درهم كان الثلث بينهما بطريق العول. والخامسة الوصية بالعتق إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه وذاك لا يخرج من الثلث يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية. والسادسة الوصية بألف مرسلة إذا أوصى لرجل بألف ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول. والسابعة عبد فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما يقسم الجاني بينهما بطريق العول ثلثاه لولي القتيل وثلثه للآخر. والثامنة مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية كانت القيمة بينهما بطريق العول. وأما ما يقسم بطريق المنازعة عندهم مسألة واحدة ذكرها في جامع الفصولين: فضولي باع عبداً من رجل بألف درهم وفضولي آخر باع نصفه من آخر بخمسمائة فأجاز المولى البيعين جميعاً يخير المشتريان، فإن اختارا الأخذ أخذاً بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لمشتري الكل وربعه لمشتري النصف عندهم جميعاً.

وأما ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة وعندهما بطريق العول ثلاث مسائل: إحداها دار تنازع فيها رجلان أحدهما يدعي كلها والآخر يدعي نصفها وأقاما البينة عند أبي حنيفة تقسم الدار بينهما بطريق المنازعة ثلاثة أرباعها لمدعي الكل والربع لمدعي النصف،

. . . .

وعندهما أثلاثاً ثلثاها لمدعي الكل وثلثها لمدعي النصف. والثانية إذا أوصى بجميع ماله لرجل ونصفه لآخر وأجازت الورثة عند أبي حنيفة المال بينهما أرباعاً وعندهما أثلاثاً. والثالثة إذا أوصى بعبد بعينه لرجل وبنصفه لآخر وهو يخرج من ثلثه أولا يخرج وأجازت الورثة كان العبد بينهما أرباعاً عند أبي حنيفة، وعندهما أثلاثاً. وأما ما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة وعندهما بطريق المنازعة خمس مسائل؛ منها ما ذكره في المأذون: عبد مأذون بين رجلين أدانه أحد المولين مائة يعني باعه شيئاً بنسيئة وأدانه أجنبي مائة فبيع العبد بمائة عند أبي حنيفة يقسم ثمن العبد بين المولى المدين وبين الأجنبي أثلاثاً ثلثاه للأجنبي وثلثه للمولى لأن إدانته تصح في نصيب شريكه لا في نصيبه. والثانية إذا أدانه أجنبي مائة وأجنبي آخر خمسين وبيع العبد عند أبي حنيفة يقسم الثمن بينهما أثلاثاً وعندهما أرباعاً. والثالثة عبد قتل رجلاً خطأ وآخر عمداً وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما يخير مولى العبد بين الدفع والفداء فإن هذا المولى يفدى بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف لشريكه العافي وعشرة آلاف لولي الخطأ، فإن دفع يقسم العبد بينهما أثلاثاً عند أبي حنيفة، وعندهما أرباعاً. والرابعة لو كان الجاني مدبراً والمسألة بحالها ودفع المولى القيمة. والخامسة مسألة الكتاب أم ولد قتلت مولاها وأجنبياً عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما على التعاقب سعت في ثلاثة أرباع قيمتها كان للساكت من وليي الأجنبي ربع القيمة ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثاً عند أبي حنيفة، وعندهما أرباعاً بطريق المنازعة. والأصل لأبي يوسف ومحمد أن الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة عولية، وإن ثبتا على وجه التمييز أو في وقتين مختلفين كانت القسمة نزاعية. والمعنى فيه أن القياس يأبى القسمة بطريق العول لأن تفسير العول أن يضرب كل واحد منهما بجميع حقه أحدهما بنصف المال والآخر بالكل والمال الواحد لا يكون له كل ونصف آخر ولهذا قال ابن عباس: من شاء باهلته إن الله لم يجعل في المال الواحد ثلثين ونصفاً ولا نصفين وثلثاً. وإنما تركنا القياس في الميراث بإجماع الصحابة فيلحق به ما كان في معناه، وفي الميراث حقوق الكل بنيت على وجه الشيوع في وقت واحد وهو حالة الموت، وفي التركة إذا اجتمعت حقوق متفاوتة حق أرباب الديون ويثبت في وقت واحد وهو حالة الموت أو المرض فكانت في معنى الميراث، وكذلك في الوصايا. وفي العبد والمدبر إذا فقأ عين إنسان وقتل آخر خطأ حق أصحاب الجناية ثبت في وقت وهو وقت دفع العبد الجناية أو قيمة المدبر لأن موجب جناية الخطأ لا يملك قبل الدفع. ولهذا لا يجب فيه الزكاة قبل القبض ولا تصح به الكفالة وإنما يملك عند التسليم ووقت الدفع واحد.

وفي مسألة دعوى الدار الحق إنما ثبت بالقضاء ووقت القضاء واحد فكانت في معنى الميراث، وفي مسألة بيع الفضولي وقت ثبوت الحقين مختلف لأن الملك ثبت عند الإجازة

....

مستنداً إلى وقت العقد ووقت العقد مختلف. وفي القسم الرابع وقت ثبوت الحقين مختلف، أما في مسألة الإدانة فلأن الحق ثبت بالإدانة ووقت الإدانة مختلف. وفي العبد إذا قتل رجلاً عمداً وآخر خطأ وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما واختار المولى دفع العبد أو كان الجاني مدبراً والمسألة بحالها فدفع المولى القيمة عندهما يقسم بطريق المنازعة لأن وقت ثبوت الحقين مختلف لأن حق الساكت من وليي الدم كان في القصاص لأنه مثل، والمال بدل عن القصاص ووجوب البدل مضاف إلى سبب الأصل وهو القتل فكان وقت ثبوت حقه القتل وحق ولي الخطأ في القيمة إذ العبد المدفوع يثبت عند الدفع لا قبله لأنه صلة معنى والصلات لا تملك قبل القبض فكان وقت الحقين مختلفاً فلم يكن في معنى الميراث وكانت القسمة نزاعية. وفي جناية أم الولد وجوب الدية للذي لم يعف مضاف إلى القتل لما قلنا، والقتلان وجدا في وقتين مختلفين فكانت القسمة نزاعية عندهما والأصل لأبي حنيفة أن قسمة العين متى كانت بحق ثابت في الذمة أو بحق ثبت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية، ومتى وجبت قسمة العين بحق ثبت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة نزاعية، والمعنى فيه أن الحقوق متى وجبت في الذمة فقد استوت في القوّة لأن الذمة متسعة فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه في العين. كذا إذا كان حق كل واحد في العين لكن في الجزء الشائع فقد استوت في القوّة لأن ما من جزء ثبت فيه حق أحدهما إلا وللآخر أن يزاحمه فكانت الحقوق مستوية في القوّة. والأصل في قسمة العول الميراث كما قالا وثمة حق كل واحد منهم ثبت في البعض الشائع، وإذا ثبت الحقان على وجه التمييز لم يكن في معنى الميراث. وكذا إذا كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل لم يكن في معنى الميراث لأن صاحب الكل يزاحم صاحب البعض في كل شيء، أما صاحب البعض لا يزاحم صاحبه في الكل فلم يكن في معنى الميراث، ولأن حق كل واحد منهما إذا كان في البعض الشائع وما يأخذ كل واحد منهما بحكم القسمة غير مفرز وأنه غير الشائع كان المأخوذ بدل حقه لا أصل حقه فيكون في معنى الميراث والتركة التي اجتمعت فيها الديون. وفي مسائل القسمة إنما وجبت بحق ثابت في الذمة لأن حق كل واحد منهما في موجب الجناية وموجب الجناية يكون في الذمة فكانت القسمة فيها عولية، فعلى هذا تخرج المسائل. هذا إذا لم يكن لها ولد من المولى، فإن كان لها ولد من المولى يرثه فلا قصاص عليها بدم المولى لأن الولد لا يستوجب القصاص على والديه ولهذا لو قتلت المرأة ولدها لا يجب عليها القصاص لأن الوالدة سبب لوجوده فلا يستحق قتلها ولهذا لا يباح له قتل واحد من أبويه وإن كان حربياً أو مرتداً أو زانياً محصناً، فإذا سقط حق ولدها سقط حق الباقي وانقلب الكل مالاً لأن القصاص تعذر استيفاؤه لا لمعنى من جهة القاتل بل حكماً من جهة الشرع فانقلب الكل مالاً بخلاف ما تقدم لأن ثمة العافي أسقط حق نفسه فلا ينقلب نصيبه مالاً.

....

فإن قيل: إذا لم تكن هذه الجناية موجبة للقصاص عليها بدم المولى فينبغي أن تكون هدراً كما لو قتلته خطأ قلنا: الجناية وقعت موجبة للقصاص لأنه يجب للمقتول والمولى يستوجب القصاص على مملوكه، وإنما سقط القصاص ضرورة الانتقال إلى الوارث هي حرة وقت الانتقال فتنقلب مالاً وتلزمها القيمة دون الدية اعتباراً لحالة القتل، هذا كمن قتل رجلاً عمداً وابن القاتل وارث المقتول كان لابن المقتول الدية على والده القاتل كذلك هنا، ولورثة الأجنبي القصاص كما كان لأن حقهما يمتاز عن حق ورثة المولى فكان لهما القصاص إن شاءا أخرا حتى يؤدي القيمة إلى ورثة المولى، وإن شاءا عجل القتل لأنهما لو أخرا إلى أن يؤدي السعاية ربما لا يؤدي مخافة القتل فيبطل حقهما فكان لهما التعجيل، فإن عفا أحد وليي الأجنبي وجب للساكت منهما نصف القيمة أيضاً وجنايات أم الولد، وإن كثرت لا توجب إلا قيمة واحدة فصارت القيمة مشتركة بين ورثة المولى ووراث الأجنبي، ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تقسم قيمتها بينهما أثلاثاً، وعندهما أرباعاً لما ذكرنا. فإن كانت سعت في قيمتها لورثة المولى ثم عفا أحد وليي الأجنبي إن دفعت القيمة إلى ورثة المولى بقضاء القاضي لا سبيل لوارث الأجنبي عليها لأن الواجب عليها قيمة واحدة وقد أدت بقضاء القاضي فتفرغ ذمتها ويتبع وراث الأجنبي ورثة المولى ويشاركهم في تلك القيمة لأنهم أخذوا قيمة مشتركة، وإن دفعت بغير قضاء عندهما كذلك، وعند أبي حنيفة وارث الأجنبي بالخيار إن شاء يرجع على ورثة المولى وإن شاء يرجع على أم الولد. لهما أنها فعلت عين ما يفعله القاضي لو رفع الأمر إليه فيستوي فيه القضاء وعدمه كالرجوع في الهبة لما كان فسخاً بقضاء لو حصل بتراضيهما يكون فسخاً، ولأبي حنيفة أن موجب الجناية في الذمة فإذا أدت فقد نقلت من الذمة إلى العين فيظهر أثر الانتقال في حق الكل إن كان بقضاء، ولا يظهر إذا كان بغير قضاء فكان له الخيار إن شاء رضي بدفعها ويتبع ورثة المولى، وإن شاء لم يرض ويرجع عليها بحقه وهو ثلث القيمة عند أبي حنيفة وترجع هي على ورثة المولى. هذا إذا دفعت القيمة إلى ورثة المولى ثم عفا ولي الأجنبي، فإن عفا أحد وليي الأجنبي ثم دفعت القيمة قال بعضهم: إن كان الدفع بغير قضاء يتخير وارث الأجنبي عندهم، وإن كان بقضاء عند أبي

باب دعوى النسب

ولدت مبيعة لأقل مدة الحمل مذ بيعت فادعاه البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويفسخ ويرد الثمن وإن ادعاه المشتري معه أو بعده، وكذا إن ماتت الأم بخلاف موت الولد وعتقهما كموتهما، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر ردت دعوة البائع إلا أن يصدقه المشتري. ومن ادعى نسب أحد التوأمين

....

حنيفة يتخير، وعندهما لا يتخير، والصحيح أن هنا يتخير عند الكل، سواء كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء لأن قضاء القاضي يدفع الكل إلى ورثة المولى بعد تعلق حق الأجنبي وثبوته لا يصح بخلاف الوصي إذا قضى دين أحد الغريمين بأمر القاضي حيث لا يضمن لأن للقاضي أن يضع مال الميت حيث شاء، أما هنا بخلافه، وإذا لم يصح قضاء القاضي هنا لأن لا يصح فعلها بغير قضاء أولى قوله: **(ولو كانت في أيديهما فهي للثاني)** أي فالدار كلها لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لأن دعوى مدعي النصف منصرفة إلى ما في يده لتكون يده يداً محقة في حقه لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب، فمدعي النصف لا يدعي شيئاً مما في يد صاحب الجميع فيسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة فبقي ما في يده لا على وجه القضاء إذ لا قضاء بدون الدعوى واجتمع بينة الخارج وذي اليد فيما في يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج، ولو كانت في يد ثلاثة فادعى أحدهم كلها وآخر ثلثيها وآخر نصفها وبرهنوا فهي مقسومة عنده بطريق المنازعة وعندهما بالعول وبيانه في الكافي والله أعلم.

ثبت نسبهما منه، وإن باع أحدهما وأعتقه المشتري بطل عتق المشتري. صبي عند رجل فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابني لم يكن ابنه. وإن جحد أن يكون ابنه. ولو كان في يد مسلم نصراني فقال النصراني ابني وقال المسلم عبدي فهو حر. ابن النصراني وإن كان صبي في يدي زوجين فزعم أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما. ولدت مشتراة فاستحقت غرم الأب قيمة الولد وهو حر، فإن مات الولد لم يضمن الأب قيمته وإن ترك مالاً، وإن قتل الولد غرم الأب قيمته ويرجع بالثمن وقيمته على بائعه لا بالعقر.

كتاب الإقرار

ومال عظيم نصاب وأموال عظام ثلاثة نصب ودراهم كثيرة عشرة ودراهم ثلاثة

كتاب الإقرار

(هو إخبار) بحق عليه من وجه إنشاء من وجه فللأول يصح إقراره بمملوك للغير ويلزمه تسليمه إذا ملكه، ولو أقر بالطلاق والعتاق مكرهاً لا يصح، ولو أقر المريض بجميع ماله لأجنبي يصح ولا يتوقف على إجازة الوارث. وصح إقرار المأذون بعين في يده والمسلم بخمر، وصح الإقرار بنصف داره مشاعاً، وإقرار المريض بالزوجية من غير شهود ولا تسمع دعواه عليه بأنه أقر له بشيء معين من غير أن يقول وهو ملكي. ولو علم المقر له أنه كاذب في إقراره لا يجوز له أخذه منه جبراً ديانة كإقراره لأمرأته بجميع ما في منزله وليس لها عليه شيء، وإذا أقر بالمدعى به ثم أنكر إقراره لا يحلف على إقراره بل على المال. والثاني لو رد إقراره ثم قبل لا يصح إلا إذا أضافه إلى غيره متصلاً بالرد كان له، وكذا الملك الثابت بالإقرار لا يظهر في حق الزائد المستهلكة فلا يملكها المقر له. وشرطه التكليف والطوع مطلقاً والحرية للتنفيذ للحال لا مطلقا فصح إقرار العبد للحال فيما لا تهمة فيه كالحدود

كتاب الإقرار

هو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه إذا أقر حر مكلف بحق صح ولو مجهولاً كشيء وحق ويجبر على بيانه ويبين ماله قيمة، والقول للمقر مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر منه وفي مال لم يصدق في أقل من درهم قوله: **(وبيانه في الكافي)** قال الرملي: ينظر المجمع هنا والتلخيص من البيوع من باب اختلاف البينات فإن هنا بياضاً نحو أربعة أسطر اهـ. قلت: قد سقط من هنا كلام كثير ليس بمقدار هذا البياض فإن المؤلف قد أسقط الكلام على تتمة هذا الباب وأسقط أيضاً الكلام على الباب الذي يليه بتمامه وهو باب دعوى النسب ﴿كتاب الإقرار﴾.

قوله: **(لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة)** يفيد بظاهره أنه يظهر في حق الزوائد الغير المستهلكة وهو مخالف لما في الخانية: رجل في يده جارية وولدها أقر أن الجارية لفلان لا يدخل فيه الولد، ولو أقام بينة على جارية أنها له يستحق أولادها اهـ. والفرق أنه بالبينة يستحقها من الأصل

....

والقصاص، ويؤخر ما فيه تهمة إلى ما بعد العتق. والمأذون بما كان من التجارة للحال وتأخر بما ليس منها إلى العتق كإقراره بجناية ومهر موطوءة بلا إذن. والصبي المأذون كالعبد فيما كان للتجارة لا فيما ليس منها كالكفالة، وإقرار السكران بطريق محظور صحيح إلا في حد الزنا وشرب الخمر لا يقبل الرجوع وإن بطريق مباح لا. وصح بالمجهول ولزمه البيان كشيء وحق والقول له مع يمينه في تعيين المجهول وتعيين العبد المغصوب إن كان قائماً وقيمته إن كان هالكاً، فإن بين سبباً تضره الجهالة كالبيع والإجارة لا يصح ولا يلزمه شيء، وإن بين ما لا يضره صح ويبين ما له قيمة فلا يصح في حبة حنطة وصبي حر وزوجة وجلد ميتة. وقوله أردت حق الإسلام في له علي حق لا يصدق لأنه خلاف العرف. وجهالة المقر له مانعة من صحته إن تفاحشت كالواحد من الناس علي كذا أو لا كلاحد هذين علي كذا لا، ولا يجبر على البيان ولكل منهما أن يحلفه.

وكذا جهالة المقر عليه مانعة نحو لك على أحدنا كذا، فلو قيل بعده أهو هذا قال لا لا يجب المال على الآخر وصح بالعام كما في يدي من قليل أو كثير أو عبد أو متاع أو جميع ما يعرف لي أو جميع ما ينسب لي لفلان، وإذا اختلفا في عين أنها كانت موجودة في يده وقت الإقرار أو لا فالقول قول المقر إلا أن يقيم المقر له البينة أنها كانت موجودة في يده وقته. ولو قال جميع مالي أو ما أملكه لفلان كان هبة لا يجوز إلا بالتسليم، ولو قال لفلان علي دار أو عبد لا يلزمه شيء أو مال أو مال قليل أو درهم عظيم أو دريهم لزمه درهم **(ومال عظيم**

ولذا قلنا إن الباعة يتراجعون فيما بينهم بخلاف الإقرار حيث لا يتراجعون قوله: **(وصح بالمجهول ولزمه البيان الخ)** قال الرملي: قدم الشارح في البيع في شرح قوله وإن اختلفت النقود فسد البيع لو أقر بعشرة دنانير حمر وفي البلد نقود مختلفة حمر لا يصح بلا بيان بخلاف البيع فإنه ينصرف إلى الأروج اهـ. ولا ريب أن معنى قوله «لا يصح بلا بيان» أي لا يثبت به شيء بلا بيان بخلاف البيع فإنه يثبت الأروج بغير بيان إذ صحة الإقرار بالمجهول مقررة وعليه البيان تأمل. قوله: **(لا يصدق لأنه خلاف العرف)** قيده في التتارخانية بما إذا قال ذلك مفصولاً قال: وإن قال موصولاً يصح قوله: **(أو لا)** قال الرملي: أي إن لم تتفاحش. وذكر الزيلعي قولاً آخر فيما إذا لم تتفاحش ثم نقل عن الكافي أن الصحة أصح فراجعه إن شئت اهـ. وعبارته: وبخلاف الجهالة في المقر له سواء تفاحشت أو لا لأن المجهول لا يصلح مستحقاً إذ لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين المدعي فلا يفيد فائدته؛ هكذا ذكر شمس الأئمة. وذكر شيخ الإسلام في مبسوطة والناطفي في واقعاته: إن لم تتفاحش جاز لأن صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفي مثله يؤمر بالتذكر لأن المقر قد نسي صاحب الحق ولا يجبر على البيان لأنه قد يؤدي إلى إبطال الحق عن المستحق والقاضي نصب لإيصال الحق إلى مستحقه لا لإبطاله اهـ ملخصاً. وفي غاية البيان عن الواقعات الحسامية أنه يجوز ويحلف لكل واحد منهما إذا ادعى قوله: **(ولو قال لفلان علي دار أو عبد لا يلزمه شيء)** كذا في الأشباه ويخالفه ما في

كذا درهماً درهم كذا كذا أحد عشر كذا وكذا أحد وعشرون ولو ثلث بالواو يزاد مائة ولو ربع زيد ألف علي أو قبلي إقرار بدين عندي معي في بيتي في صندوقي في كيسي

نصاب وأموال عظام ثلاثة نصب) من أي مال فسره به **(ودارهم)** أو دريهمات أو شيء من الدراهم أو من دراهم **(ثلاثة ودراهم كثيرة)** أو ثياب كثيرة أو وظائف كثيرة أو دنانير كثيرة أو أكثر الدراهم ف**(عشرة)** ودراهم مضاعفة ستة وأضعاف مضاعفة أو عكسه ثمانية عشر ومال نفيس أو خطير أو كريم أو جليل أو لا قليل ولا كثير مائتان **(كذا درهما درهم كذا كذا أحد عشر كذا وكذا أحد وعشرون ولو ثلث بالواو يزاد مائة ولو ربع زيد ألف)** ولو خمس زيد عشرة آلاف، ولو سدس يزاد مائة ألف، ولو سبع يزاد ألف ألف، وكل ما زاد عدداً معطوفاً بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى، ولو ثلث بلا واو لزمه أحد عشر، ولو قال كذا كذا درهماً وديناراً فعليه أحد عشر بالسوية بخلاف ما إذا قال كذا كذا درهماً وكذا كذا ديناراً لزمه من كل واحد أحد عشر. والمعتبر الوزن المعتاد في كل زمان أو مكان، والنيف مجهول يرجع إليه فيه والبضعة للثلاثة **(على وقبلي إقرار بالدين)** إلا إذا فسره بالأمانة متصلاً وأقرضني كذا لزمه واستقرضت لا وليس لي قبله حق إبراء عن الدين والأمانة **(عندي معي في بيتي في صندوقي في كيسي أمانة)** وعندي عارية ألف درهم قرض له قبلي كذا دين وديعة أو وديعة دين فهو دين مطلق، والأصل أن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين

الخانية: له علي ثوب أو عبد صح ويقضى بقيمة وسط عند أبي يوسف. وقال محمد: القول له في القيمة. وفي حاشية الحموي على الأشباه عن الملتقط: إذا قال علي دار أو شاة قال أبو يوسف: يلزمه الضمان بقيمة المقر به والقول قوله. وقال بشر: تجب الشاة اهـ. قال شيخ مشايخنا السائحاني: يمكن أن يكون ما في الأشباه على قول الإمام اهـ. ثم رأيته في التتارخانية حيث قال: وفي الحاوي قال لفلان علي دار أو شاة قال أبو حنيفة: لا يصح إقراره. وقال أبو يوسف: لزمه الضمان. وقال بشر: ينبغي أن عند أبي حنيفة لزمه الشاة دون الدار لأنها لا تصلح ديناً لزمه في الصداق والشاة تصلح قال بشر: وبقول أبي حنيفة نأخذ. ولو قال علي ثوب هروي فالقول قوله في الثوب الهروي ولا يلزمه ثوب هروي وسط.

قوله: **(وأضعاف مضاعفة أو عكسه ثمانية عشر)** أي لو قال دراهم أضعاف مضاعفة لأن دارهم وأضعاف لفظه جمع وأقله ثلاثة فتصير تسعة وضعف التسعة ثمانية عشر. وفي التتارخانية ما نصه: ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الإقرار إذا قال لفلان علي دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم. ولو قال مضاعفة أضعافاً أو قال مضاعفة فهي ثمانية عشر. وفي السراجية: لو قال له دراهم أضعاف مضاعفة لزمته أربعة وعشرون لأن بقوله دراهم لزمه ثلاثة، وبقوله أضعافاً تسعة، وبقوله مضاعفة اثني عشر فجملته ما قلنا. قوله: **(ولو خمس زيد عشرة آلاف)** قال بعض الفضلاء: هذا حكاه العيني بلفظ ينبغي لكنه غلط ظاهر لأن العشرة الآلاف تتركب مع الألف بلا واو فيقال

أمانة قال لي عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلني به أو قضيتكه أو أحلتك به فهو إقرار وبلا كتابة لا وإن أقر بدين مؤجل وادعى المقر له أنه حال لزمه حالاً وحلف المقر له على الأجل على مائة درهم فهي دراهم مائة وثوب يفسر المائة وكذا مائة وثوبان بخلاف

وجمع بينهما يرجح الدين (**لو قال لي عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلني به أو قضيتكه**) أو أعدها أو أرسل غداً من يأخذها يعني يقبضها أو يتزنها أولاً أزنها لك اليوم أو لا تأخذها مني اليوم أو حتى يدخل على مالي أو يقدم على غلامي أو أبرئني عنها أو تصدق علي بها أو وهبها لي مدعياً ذلك أو أحلته بها (**فهو إقرار**) إلا إذا تصادقا أنه على وجه السخرية (**وبلا كتابة لا**) كقوله ما قبضت بغير حق جواباً لدعواه أنه قبض منه بغير حق. وقوله أبرئني عن هذه الدعوى أو صالحني عنها، وقوله ما استقرضت من أحد سواك أو غيرك أو قبلك أو بعدك وقضيتك مائة بعد مائة بعد دعوى المائتين بخلاف دفعت إلى أخيك بأمرك وعليه إثبات ذلك وضمانه للآجر ما يجب له على المستأجر إقرار بملك العين للآجر بخلاف ضمانه للمستأجر مال الإجارة في الإجارة الطويلة لا يكون إقراراً بالملك للآجر بخلاف قوله فلان ساكن هذه الدار فإقرار له بها بخلاف كان يسكنها، وفلان زرع هذه الأرض أو غرس هذا الكرم أو بنى هذه الدار وهي في يد القائل مدعياً أنه معين أو مستأجر فليس بإقرار بالعين له.

وكذا هذا الدقيق من طحين فلان بخلاف هذا الطعام من زرع فلان، أو هذا التمر من نخله أو أرضه أو بستانه أو هذا الصوف من غنمه فهو إقرار كقوله قبضت من أرضه عدل ثياب وشراؤه متنقبة إقرار بالملك للبائع كثوب في جراب. وكذا الاستيام والاستيداع والاستعارة والاستيهاب والاستئجار ولو من وكيل، وكذا قبول الوديعة. وقوله نعم بعد كلام إقرار مطلقاً، والإيماء بالرأس بعد الاستفهام لا يكون إقراراً بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة بخلاف الكفر والإسلام والنسب والفتوى (**وإن أقر بدين مؤجل وادعى المقر له أنه حال لزمه حالاً**) كإقراره بعبد في يده أنه لرجل وأنه استأجره منه (**ويستحلف المقر له فيهما**) بخلاف ما لو أقر بالدراهم السود فكذبه في صفتها يلزمه أما أقر به فقط كإقرار الكفيل بدين مؤجل ولمن عليه دين مؤجل إذا خاف لو اعترف به لا يصدقه إنكار أصل الدين إذا لم يرد توى حقه ومن أقر بعدد مبهم وعطف موزوناً أو مكيلاً كان بياناً له (**كمائة ودرهم**) أو درهمان أو ثلاثة دراهم (**فهي دراهم**) عطف عليه قيمياً واحداً (**لا كمائة وثوب**) أو وثوبان وإن متعدداً فبيان (**كمائة وثلاثة أثواب**) ولو قال نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل

أحد عشر ألفاً فيلزم أن تهدر الواو التي تعتبر مهما أمكن وهنا ممكن فيقال أحد وعشرون ألفاً ومائة وأحد وعشرون درهماً. نعم قوله «ولو سدس الخ» مستقيم أي فيقال فيه مائة ألف وأحد وعشرون ألفاً ومائة وأحد وعشرون درهماً لا أنه مستقيم زيادة على العشرة الآلاف

مائة وثلاثة أثواب أقر بتمر في قوصرة لزماه وبدابة في اصطبل لزمته الدابة فقط وبخاتم له الحلقة والفص وبسيف له النصل والجفن والحمائل وبحجلة له العيدان والكسوة وبثوب في منديل أو في ثوب لزماه وبثوب في عشرة له ثوب وبخمسة في خمسة وعنى الضرب خمسة وعشرة إن عنى مع له على من درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشرة له تسعة وله من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط له ما بينهما فقط وصح الإقرار بالحمل وللحمل إن بين سبباً صالحاً وإلا لا وإن أقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط.

منها، وكذا نصف هذا العبد وهذه الجارية بخلاف نصف هذا الدينار ودرهم فدرهم تام وعشرة دراهم ودانق وقيراط فضة ولو (**أقر بتمر في قوصرة**) أو طعام في الجوالق أو سفينة أو ثوب في منديل أو ثوب (**لزمه**) الظرف كالمظروف ومن قوصرة لا كدابة في اصطبل وثوب في عشرة وطعام في بيت (**وبخاتم له الحلقة والفص وبسيف له النصل والجفن والحمائل وبحجلة له العيدان والكسوة وبخمسة في خمسة وعنى الضرب خمسة وعشرة إن عنى مع ومن درهم إلى عشرة أو**) ما بين تسعة وكر حنطة إلى كر شعير لزماه إلا قفيزاً من شعير وعشرة دراهم إلى عشرة دنانير لزماه إلا ديناراً له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط له ما بينهما فقط (**وصح الإقرار بالحمل**) المحتمل وجوده وقته ولو غير آدمي مطلقاً بخلاف الإقرار للرضيع يصح وإن بين سبباً غير صالح منه حقيقة كالإقراض، وله إن بين سبباً صالحاً وإلا فلا كما إذا أبهم أو بين سبباً غير صالح كالقرض. وإنما يصح له إذا علم وجوده وقته أو احتمل بأن تضعه لأقل من مدتة إن كانت متزوجة، ولأقل من سنتين من وقت الفراق إن كانت معتدة. ثم إن ولدته حياً كان له ما أقر به، وإن ولدته ميتاً يرد على ورثة الموصي أو ورثة أبيه، وإن ولدت ولدين فإن كانا ذكرين أو أنثيين فهو بينهما نصفان وإلا فكذلك في الوصية وفي الإرث ﴿للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ (**ولو قر بشيء على أنه بالخيار لزمه بلا خيار**) وإن صدقه المقر له إلا إن أقر بعقد بيع وقع بالخيار له إلا إن يكذبه المقر له كإقراره بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار في مدة ولو طويلة ا هـ. والله أعلم.

قوله: (**ولو أقر بتمر في قوصرة**) قال الرملي قال في النهاية: القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب اهـ قوله: (**وبحجلة**) قال الرملي قال في الصحاح: الحجلة بيت يزين بالثياب والأسرة. قال في الجوهرة: حجلت العروس إذا اتخذت لها حجلة اهـ. من غاية البيان قوله: (**وله أن بين سبباً صالحاً**) الضمير في «له» للحمل والظاهر أن محل قوله «بخلاف الإقرار للرضيع الخ». بعد هذا فتقديمه عليه سهو قوله: (**وإن ولدته ميتاً الخ**) قال الرملي: يعني إن قال المقر أوصى له به فلان ثم ولد ميتاً فإنه يرد إلى ورثة الموصي الذي قال المقر إنه أوصى للحمل. وقوله «أو ورثة أبيه» يعني إن قال المقر مات أبوه فورثه فإنه يرد إلى ورثة أبيه إن ولد ميتاً عملاً بقول المقر في المسألتين قوله: (**كإقراره بدين بسبب كفالة الخ**) قال الرملي قال في التبيين: هنا لأن الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه لأن الكفالة عقد يصح فيه خيار الشرط اهـ. فليحفظ هذا.

باب الاستثناء وما في معناه

صح استثناء بعض ما أقر به متصلاً ولزمه الباقي لا استثناء الكل وصح استثناء الكيلي والوزني من الدراهم لا غيرهما ولو وصل بإقراره إن شاء الله بطل إقراره ولو

باب الاستثناء وما في معناه

لا حكم فيما بعد «إلا بل» مسكوت عند عدم القصد كمسألة الإقرار في قوله «له علي عشرة إلا ثلاثة» لفهم أن الغرض الإثبات فقط فنفي الثلاثة إشارة لا عبارة، وإثبات السبعة عكسه، وعند القصد يثبت لما بعدها نقيض ما قبلها كلمة التوحيد نفي وإثبات قصداً فالاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب، ونفي وإثبات باعتبار الأجزاء. ويشترط فيه الاتصال إلا لنفس أو سعال أو أخذ فم، والنداء بينهما لا يضر كقوله «لك علي ألف درهم يا فلان إلا عشرة» بخلاف «لك ألف فاشهدوا إلا كذا» ونحوه. والمستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع كالوصية إن كان بلفظ الصدر أو مساويه وإن بغيرهما كعبيدي أحرار إلا هؤلاء أو إلا سالماً وغانماً راشداً وهم الكل، وكذا نسائي طوالق إلا فلانة وفلانة. ولا فرق بين استثناء الأقل والأكثر ولا بين ما يقسم وما لا يقسم كهذا العبد إلا ثلاثة، وإذا استثنى عددين بينهما جرف الشك كان الأقل مخرجاً نحو «له علي ألف درهم لا مائة أو خمسين» لزمه تسعمائة وخمسون على الأصح **(وصح استثناء الكيلي والوزني)** والمعدود الذي لا تتفاوت آحاده كالفلوس والجوز **(من الدراهم)** والدنانير ويكون المستثنى القيمة وإن استغرقت جميع ما أقر به بخلاف دينار إلا مائة درهم فإن الاستثناء باطل لأنه مستغرق بالمساوي، وإذا كان المستثنى مجهولاً يثبت الأكثر نحو «له مائة درهم إلا شيئاً قليلاً أو بعضاً» لزمه أحد وخمسون قوله: **(ولو وصل إقراره بأن شاء الله بطل إقراره)** وكذا بمشيئة فلان وإن شاء، وكذا كل إقرار علق بشرط على خطر ولم يتضمن دعوى أجل كان حلفت فلك ما ادعيت به وإن بشرط كائن فتنجيز كعلي ألف درهم إن مت لزمه قبل الموت، وإن تضمن دعوى الأجل كإذا جاء رأس الشهر فلك علي كذا لزمه للحال ويستحلف المقر له في الأجل.

باب الاستثناء وما في معناه

قوله: **(كهذا العبد إلا ثلاثة)** لعله إلا ثلثه قوله: **(كأن حلفت فلك ما ادعيت)** قال الرملي: فلو حلف لا يلزمه ولو دفع بناء على أنه يلزمه فله أن يسترد المدفوع، وسيصرح المصنف به قريباً في كتاب الصلح في فصل في صلح الورثة بقوله: ولو قال المدعى عليه إن حلفت أنها لك دفعتها فحلف المدعي ودفع المدعى عليه الدراهم إن كان دفع له بحكم الشرط فهو باطل وللدافع أن يسترد اهـ. وقدمنا شيئاً من مسائل تعليق الإقرار في باب دعوى الرجلين اهـ. قوله: **(والحلية في السيف**

استثنى البناء من الدار فهما للمقر له وإن قال بناؤها لي والعرصة لك فكما قال ولو قال علي ألف من ثمن عبد لم أقبضه فإن عين العبد وسلمه إليه لزمه الألف وإلا لا وإن لم يعين لزمه الألف كقوله من ثمن خمر أو خنزير ولو قال من ثمن متاع أو أقرضني

ومن التعليق المبطل له ألف إلا أن يبدو لي غير ذلك أو أرى غيره أو فيما أعلم، وكذا اشهدوا أن له علي كذا فيما أعلم. والحلية في السيف والظهارة، والبطانة في الجبة لا يلزمه شيء واستثناء البيت من الدار صحيح **(ولو استثنى البناء من الدار فهما للمقر له)** والطوق في الجارية، والفص في الخاتم، والنخلة في البستان نظير البناء، والإقرار بالحائط والاسطوانة إقرار بما تحتهما من الأرض إلا إذا كانت من خشب **(وبناؤها لي والعرصة لفلان فهو كما قال)** وبناؤها لي وأرضها لفلان فهما لفلان. وبناؤها لزيد وأرضها لعمرو فلكل ما أقر له به، وفي عكسه الكل للأول كقوله هذه الدار لفلان وهذا البيت لي وأرضها لي وبناؤها لفلان فعلى ما أقر ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه. والأصل أن الدعوى قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار بعده، والدعوى بعد الإقرار في بعض ما دخل تحته غير صحيحة وأن إقراره حجة عليه فقط.

(ولو قال على ألف من ثمن عبد لم أقبضه) فإن كان العبد معيناً فإما أن يصدقه ويسلمه أولاً، فإن صدقه وسلمه لزمه ألف، وكذا إن صدقه على بيع عبد غيره فإن المعين ملك المقر، سواء كان في يده أو في يد المقر له كإقراره بألف غصباً فقال هي قرض، **وإن لم** يصدقه على بيع العبد لا يلزمه شيء وإن صدقه على أن المبيع غيره وأن المعين ليس ملك المقر يتحالفان ويسقط المال والعبد لمن هو في يده، وإن لم يكن العبد معيناً لزمه الألف مطلقاً ولا يقبل قوله إن لم يقبضه **(كقوله من ثمن خمر أو خنزير)** أو مال القمار أو حر أو ميتة أو دم وإن وصل إلا

الخ) هكذا في النسخ. وفي التتارخانية عن المنتقى: إذا قال لغيره هذا الخاتم لي إلا فصه فإنه لك، أو هذه المنطقة إلا حليتها فلك، أو هذا السيف إلا حليته أو إلا حمائله فلك، أو هذه الجبة لي إلا بطانتها فلك، والمقر له يقول هذه الجبة لي فالقول على ما أقر به المقر، ثم ينظر إن لم يكن في نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر بنزعه والدفع وإلا أجبر المقر بقيمة ما أقر به. وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف اهـ. وفيها قبل ما مر: لو قال هذا البستان لفلان إلا النخلة بغير أصولها فإنها لي لا يصح الاستثناء بخلاف إلا نخلها بأصولها، وكذلك هذه الجبة لفلان إلا بطانتها لأن البطانة تدخل في البيع تبعاً فكانت كالبناء. ثم قال: وهو محمول على جبة بطانتها في النفاسة دون الظهارة، وكذلك لو قال هذا السيف لفلان إلا حليته لا يصح الاستثناء قوله: **(فإن كان العبد معيناً الخ)** قال الزيلعي: هذه المسألة على وجوه: أحدها ما ذكره المصنف وهو ما إذا صدقه وسلمه إليه وحكمه ما ذكره لأن ما ثبت بتصادقهما يكون كالثابت عياناً. والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبداً آخر وسلمته إليك والحكم فيه كالأول لأنهما اتفقا على ما أقر به من أن كل واحد منهما يستحق ما أقر به غير أنهما اختلفا في سبب الاستحقاق، ولا يبالي باختلافهما ولا باختلاف السبب عند حصول

وهي زيوف أو نبهرجة لزمه الجياد بخلاف الغصب والوديعة ولو قال إلا أنه ينقص كذا متصلاً صدق وإلا لا ومن أقر بغصب ثوب وجاء بمعيب صدق وإن قال أخذت منك ألفا وديعة وهلكت وقال أخذتها غصباً فهو ضامن وإن قال أعطيتنيها وديعة وقال غصبتنيها لا وإن قال هذا كان وديعة لي عندك فأخذته فقال هو لي أخذه وإن قال

إذا صدقه أو أقام بينة. ولو قال إني اشتريت منه مبيعاً إلا أني لم أقبضه قبل قوله كما قبل قول البائع بعته هذا ولم أقبض الثمن والمبيع في يد البائع. ولو قال له علي ألف درهم حرام أو ربا فهي لازمة مطلقاً، لو قال زوراً أو باطلاً لزمه إن كذبه المقر له وإلا فلا. والإقرار بالبيع تلجئة على هذا التفصيل، ولو أقر بالشراء أو الإجارة أو الهبة أو الصدقة وقال لم أقبض صدق موصولاً كان أو مفصولاً، ولو أقر بالمسلم ثم قال لم أقبض رأس المال لا يصدق إلا إذا كان موصولاً كالوديعة والقرض بخلاف دفعت إلي أو نقدتني وقال لم أقبض لا يصدق مطلقاً بخلاف أعطيتني إن وصل **(ولو أقر بثمن مبيع أو قرض)** من النقود أو الفلوس ثم ادعى أنها **(زيوف أو نبهرجة)** أو ستوقة أو رصاص أو كاسدة **(لزمه الجياد)** وإن وصل ويتحالفان في البيع حال قيام السلعة **(بخلاف الغصب والوديعة)** والمضاربة فإنه يصدق في الزيوف والنبهرجة مطلقاً، وفي الستوقة إن وصل وكان حياً ولا يصدق وارثه بعد موته ويصدق في دعوى الرداءة في المكيل والموزون الثمن أو القرض. ولو قال له علي ألف درهم زيوف فهي كما قال على الأصح كقوله له عليّ كذا إلا أنها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة **(أو إلا أن ينقص كذا متصلا)** ولو قال له علي عشرة جياد إلا خمسة زيوفاً لزمه خمسة جياد ويصير مستثنياً من العشرة خمسة جياداً **(ومن أقر بغصب ثوب وجاء بمعيب صدق وإن قال أخذت منك ألفاً وديعة وهلكت وقال أخذتها غصباً فهو ضامن)** بخلاف أخذتها قرضاً أو بيعاً أو قال أعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها لا يضمن المقر **(ولو قال هذا كان وديعة لي عندك فأخذته فقال هو لي أخذه)** إن كان قائماً وقيمته إن كان هالكاً، وكذا أقرضتك ألفاً ثم أخذتها منك **(ولو قال**

المقصود واتحاد الحكم فصار كما إذا أقر له بغصب ألف درهم فقال المقر له هي قرض فإنه يؤمر بالدفع إليه لاتفاقهما على الاستحقاق. والثالث أن يقول العبد عبدي ما بعتكه، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لما ذكرنا أنه أقر له على صفة وهي سلامة العبد فلا يلزمه بدونها. والرابع أن يقول المقر له لم أبعك هذا العبد وإنما بعتك عبداً آخر، فحكمه أن يتحالفا لأنهما اختلفا في المبيع اهـ. وتمامه فيه قوله: **(ولو قال إني اشتريت منه مبيعاً الخ)** الفرق بينه وبين ما قبله هو أنه ليس فيه قوله «له علي» قال في البزازية: والفرق ابتداء ثمة بالاعتراف وهنا ابتداء بالبيع.

قوله: **(أو قال أعطيتنيها)** قال الرملي: ومثله أعطيتنيها دفعتها لي وديعه ونحوه مما يكون من فعل المقر له تأمل قوله: **(ولو قال أجرت أو أعرت بعيري الخ)** قال الرملي: صورة المسألة في يد

أجرت بعيري أو ثوبي هذا فلاناً فركبه أو لبسه فرده فالقول للمقر ولو قال هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالألف للأول وعلى المقر مثله للثاني.

باب إقرار المريض

دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف قدم على ما أقر به في مرضه

أجرت) أو أعرت **(بعيري أو ثوبي هذا فلاناً فركبه أو لبسه فرده)** وكذبه فلان **(فالقول للمقر)** بخلاف اقتضيت من فلان ألفاً كانت لي فكذبه **(ولو قال هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالألف للأول وعلى المقر مثله للثاني)** بخلاف ما إذا قال هي لفلان لا بل لفلان بلا ذكر إيداع لا يجب عليه للثاني شيء إن كانت معينة، وإن كانت غير معينة لزمه أيضاً بأن قال لفلان علي ألف لا بل لفلان كقوله غصبت فلاناً مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلاناً لزمه لكل واحد منهما كله، ولو كانت بعينها فهي للأول وعليه للثاني مثلها. ولو كان المقر له واحداً يلزمه أكثرهما قدراً وأفضلهما وصفاً نحو له علي ألف درهم لا بل ألفان أو ألف درهم جياد لا بل زيوف أو عكسه. ولو قال الدين الذي لي على فلان لفلان أو الوديعة التي لي عند فلان هي لفلان فهو إقرار له وحق القبض للمقر ولكن لو سلم إلى المقر له برئ اهـ والله أعلم.

باب إقرار المريض

إقراره بدين نافذ من كل ماله وأخر الإرث عنه **(ودين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف قدم على ما أقر به في مرض موته)** ولو وديعة والسبب المعروف كالنكاح المشاهد بمهر المثل، والبيع المشاهد والإتلاف كذلك وغيرها مما ليس من التبرعات، وليس له أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض ولو إعطاء مهر وإيفاء أجرة إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة بخلاف ما إذا لم يؤد حتى مات فإن البائع أسوة فالغرماء إذا لم تكن العين في يده. وإذا أقر بدين ثم بدين تحاصا وصل أو فصل.

إنسان بعير أو ثوب فقال مخاطباً لزيد إنك كنت أجرت أو أعرت بعيري هذا أو ثوبي هذا لعمرو فرده عمرو علي وكذبه عمرو أي قال لم أستأجره أو لم أستعره فالقول للمقر الذي هو ذو اليد، ولا يكون قوله لزيد أجرته أو أعرته إقراراً لزيد بالملك لقوله بعيري أو ثوبي تأمل.

باب إقرار المريض

قوله (إذا لم تكن العين في يده) أي في يد البائع فإن كانت كان أولى.

وأخر الإرث عنه وإن أقر المريض لوارثه بطل إلا أن يصدقه البقية وإن أقر لأجنبي صح وإن أحاط بماله وإن أقر لأجنبي ثم أقر بثبوته ثبت نسبه وبطل إقراره وإن أقر لأجنبية ثم نكحها صح بخلاف الهبة والوصية وإن أقر لمن طلقها ثلاثاً فيه فلها الأقل من الإرث والدين وإن أقر بغلام مجهول يولد لمثله أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه ولو

ولو أقر بدين ثم بوديعة تحاصا وعلى القلب الوديعة أولى وإقراره ببيع عبده في صحته وقبض الثمن مع دعوى المشتري ذلك صحيح في البيع دون قبض الثمن إلا بقدر الثلث بخلاف إقراره بأن هذا العبد لفلان فإنه كالدين. ولو أقر بقبض دينه إن كان دين الصحة يصح مطلقاً، سواء كان عليه دين الصحة أو لا. وإن كان دين المرض إن كان عليه دين الصحة لا يصح وإلا نفذ من الثلث إلا في إقراره باستيفاء بدل الكتابة فنافذ بخلاف إقراره باستيفاء ثمن ما باعه في صحته من وارثه فإنه لا يصح. وتبيينه العتق المبهم في صحته في كثير القيمة نافذ من جميع ماله كتبيينه ما أقر به في صحته وهو مبهم، ولو اشترى في صحته بغبن فاحش بشرط الخيار ثم أجاز أو سكت وهو مريض حتى مضت المدة ثم مات كانت المحاباة من الثلث وإبراؤه مديونه وهو مديون غير جائز إن كان أجنبياً، وإن كان وارثاً لا يجوز مطلقاً. وقوله لم يكن لي على هذا المطلوب شيء صحيح في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقبل من ورثته بينة على هذا المطلوب **(ولو أقر المريض لوارثه بطل إلا أن يصدقه الورثة)** ولو كان إقراراً بقبض دين عليه، ولو ادعى المقر له أن الإقرار كان في الصحة وكذبه بقية الورثة فالقول لهم، ولو أقاما البينة فبينة المقر له أولى، وإن لم تكن له بينة فله أن يحلف الورثة والعبرة لكونه وارثاً وقت الموت لا وقت الإقرار إلا إذا صار وارثاً بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة، فلو أقر لها ثم تزوجها صح بخلاف إقراره لأخيه المحجوب إذا صار غير محجوب. ولو وهب لأجنبية أو أوصى لها ثم نكحها بطلت، ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المريض. إقراره بعبد لأجنبي فقال الأجنبي هو لفلان وارث المقر وإقراره لمكاتب وارثه إقرار لوارثه فلا يصح بخلاف إقراره لمكاتب نفسه بدين فإنه صحيح، وإقراره لامرأته بدين المهر صحيح إلى مهر المثل، فلو أقامت الورثة بينة بعد موته أنها وهبته له في حياته هبة صحيحة لا تقبل، وإقرارها لزوجها بأن لا مهر لي عليك في مرضها صحيح، وإقراره لوارثه ولأجنبي بدين باطل تصادقا على الشركة أو تكاذبا **(ولو أقر لمن طلقها ثلاثاً)** وهي في العدة **(فلها الأقل من الإرث والدين)** وإن كان بسؤالها وإلا فلها الميراث بالغاً ما بلغ، ولا يصح الإقرار والوصية على هذا التفصيل.

(وإن أقر بغلام مجهول يولد لمثله إنه ابنه وصدقه الغلام) إن كان يعبر عن نفسه **(ثبت نسبه ولو مريضاً ويشارك الورثة)** وإن كان له نسب معروف لا يصح إقراره، وكذا إذا لم يولد لمثله أو لم يصدقه وهو يعبر والأصح. وتشترط هذه الشرائط الثلاثة في صحة الإقرار بالولد

مريضاً ويشارك الورثة وصح إقراره بالولد والوالدين والزوجة والمولى وإقرارها بالوالدين والزوج والمولى وبالوالد إن شهدت قابلة أو صدقها زوجها ولا بد من تصديق هؤلاء وصح التصديق بعد موت المقر لا تصديق الزوج بعد موتها وإن أقر بنسب نحو الأخ والعم لم يثبت فإن لم يكن له وارث غيره قريب أو بعيد ورثه وإن كان لا ومن مات أبوه فأقر بأخ شاركه في الإرث ولم يثبت نسبه وإن ترك ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شيء للمقر وللآخر خمسون.

خلا أن لا يكون المقر ثابت النسب من الغير فكان المقر له بتلك الصفة هناك **(وصح إقراره بالولد والوالدين)** بالشرائط المتقدمة **(والزوجة)** إن كانت خالية عن الزوج وعدته وليس تحت المقر أختها ولا أربع سواها **(وبالمولى)** من جهة العتاقة إذا لم يكن ولاؤه ثابتاً من جهة الغير **(و)** صح **(إقرارها بما عدا الولد وبه إن شهدت قابلة أو صدقها الزوج)** إن كان لها زوج أو كانت معتدة ومطلقاً إن لم تكن كذلك أو كانت وادعت أنه من غيره **(ولا بد من تصديق المقر له)** في الجميع إلا في الولد إذا كان لا يعبر عن نفسه، ولو كان المقر له عبداً لغيره يشترط تصديق المولى **(وصح التصديق بعد موت المقر إلا تصدق الزوج بعد موتها وإن أقر بنسب على غيره كالأخ والعم والجد وابن الابن لا يصح)** في حق غيره ويصح في حق نفسه حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة والإرث إذا تصادقا عليه **(فإن لم يكن له وارث غيره)** قريب أو بعيد **(ورثه وإلا لا)** والفرق بين الموضعين من وجهين: الأول أن النسب يثبت في الإقرار بنحو الولد على العموم فيتعدى الإقرار إلى غير المقر حتى إذا أقر بابن ورثه وشارك ورثته وإن جحدوه، ويرث من أب المقر وهو جد المقر له وإن كان الجد يجحد بنوته لابنه، ويفسد النكاح لو أقرت مجهولة النسب أنها بنت أبي زوجها إذا صدقها الأب، وفي الإقرار بنحو الأخ على الخصوص فلا مشاركة للأخ المقر له مع ورثته إذا جحدوا، ولا يرث من أب لتقر. وأما الثاني عدم صحة رجوع المقر بنحو الولد وصحته بنحو الأخ حتى لو أقر بأخ وصدقه ثم رجع عما أقر به ثم أوصى بماله كله لإنسان كان كله للموصى له **(ومن مات أبوه فأقر بأخ شاركه في الإرث ولم يثبت نسبه)** فيستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقاً، فلو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده، ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين أخماساً، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده، وإقرار أحد الورثة باستيفاء الميت دينه صحيح في حصته فقط ويحلف المنكر على نفي العلم بخلاف إقراره باستيفاء البعض قدر ميراثه فإنه لا يحلف المنكر والله أعلم.

كتاب الصلح

هو عقد يرفع النزاع وهو جائز بإقرار وسكوت وإنكار فإن وقع عن مال بمال بإقرار اعتبر بيعاً فيثبت فيه الشفعة والرد بالعيب وخيار الرؤية والشرط وتفسد جهالة

كتاب الصلح

(هو عقد يرفع النزاع) وسببه سبب المعاملات تعلق المقدور بتعاطيه، وركنه الإيجاب والقبول الموضوعان له، شرطه كون المصالح عليه معلوماً إن كان يحتاج إلى قبضه والمصالح عنه حقاً يجوز الاعتياض عنه ولو غير مال كالقصاص معلوماً كان أو مجهولاً لا ما لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة وحد القذف والكفالة بالنفس. وطلب الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه إن كان المدعى به مما لا يتعين بالتعيين، وإن كان مما يتعين فلا بد من قبول المدعى عليه. ويشترط شرائط ذلك العقد الملحق به من بيع وإجارة. وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى، سواء كان المدعى عليه مقراً أو منكراً. وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التمليك كالمال وكان المدعي عليه مقراً به، وإن كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص ووقوع البراءة كما إذا كان منكراً مطلقاً. والجهالة فيه إن كانت تقضي إلى المنازعة كوقوعها فيما يحتاج إلى التسليم منعت صحته وإلا لا فبطل إن كان المصالح عليه أو عنه مجهولاً يحتاج إلى التسليم كصلحه بعد دعواه مجهولاً على أن يدفع له مالاً ولم يسمه **(وهو جائز بإقرار وسكوت وإنكار)** فلو أنكر ثم صالح ثم أقر لا يلزمه ما أقر به، وكذا لو أقام بينة بعد صلحه لا تقبل، ولو أقام بينة على إقرار المدعي أنه لا حق له قبله قبل الصلح أو قبل القبض والصلح بعد الحلف لا يصح كالصلح مع المودع بعد دعوى الاستهلاك، وصلح الأب عند مال الصبي جائز كيفما كان إن لم يكن له بينة وإلا لا قوله: **(فإن وقع عن مال بمال بإقرار اعتبر بيعاً)** إن كان على خلاف الجنس إلا في مسألتين: الأولى إذا صالح من الدين على عبد وصاحبه مقر بالدين وقبض العبد ليس له المرابحة من غير بيان.

كتاب الصلح

قوله: **(والصلح بعد الحلف لا يصح)** مشى المؤلف في الأشباه على أنه يصح ونقل الأول في

البدل لا جهالة المصالح عنه فإن استحق بعض المصالح عنه أو كله رجع المدعى عليه بحصة ذلك عن العوض أو بكله ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع بكل المصالح عنه أو ببعضه وإن وقع من مال بمنفعة اعتبر إجارة فيشترط التوقيت ويبطل بموت أحدهما والصلح عن سكوت أو إنكار فداء لليمين في حق المنكر ومعاوضة في حق المدعي فلا شفعة إن صالح عن داريهما وتجب لو صالح على داريهما ولو استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد البدل ولو بعضه فبقدره ولو استحق المصالح

الثانية إذا تصادقا على أن لا دين بطل الصلح كما لو استوفى عين حقه ثم تصادقا أن لا دين، فلو تصادقا على أن لا دين لا يبطل الشراء، وإن وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعي فهو حط وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر فهو ربا، وإذا اعتبر بيعاً ثبتت أحكامه (**فيثبت به الشفعة والرد بالعيب وخيار الرؤية ويفسده جهالة الأجل والبدل**) إن كان مما يحتاج إلى التسليم (**وإن استحق بعض المصالح عنه أوكله رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض أو كله ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع بكل المصالح عنه أو ببعضه وإن وقع عن مال بمنفعة اعتبر إجارة**) فتثبت أحكامها (**فيشترط التوقيت**) فيما يحتاج إليه كخدمة العبد وسكنى الدار بخلاف صبغ الثوب وركوب الدابة وحمل الطعام فالشرط بيان تلك المنفعة (**وتبطل بموت أحدهما**) إن عقدها لنفسه، وكذا بفوات المحل قبل الاستيفاء، ولو كان بعد استيفاء البعض بطل فيما بقي ويرجع بالمدعي بقدره، ولو كان الصلح على خدمة عبد فقتل إن كان القاتل المولى بطل وإلا ضمن قيمته واشترى بها عبداً يخدمه إن شاء كالموصى بخدمته بخلاف المرهون حيث يضمن المولى بالإتلاف والعتق. وإنما يعتبر إجارة إذا وقع على خلاف المدعى به، فإن ادعى داراً فصالحه على سكناها شهراً فهو استيفاء لبعض حقه لا إجارة فتصح إجارته للمدعى عليه (**والصلح عن سكوت وإنكار فداء في حق المنكر ومعاوضة في حق المدعي**) فبطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم إذا تفرقا قبل القبض (**فلا شفعة إن صالحا عن داريهما ويجب لو صالحا على داريهما**) ولا يحل للمدعي ما أخذه إن كان كاذباً ولا يبرأ المدعى عليه كذلك مما عليه وإن برئ قضاء إلا إذا أبرأه المدعي عما بقي (**ولو استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة**) مع المستحق (**ورد البدل ولو بعضه فبقدره ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه**) إلا إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به فحينئذ يرجع بمثل ما استحق ولا يبطل الصلح كما إذا ادعى ألفاً فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها، سواء كان الصلح بعد الإقرار أو

المنح عن السراجية وحكى القولين في القنية. قال الحموي في حاشية الأشباه: ما مشى عليه في الأشباه رواية محمد عن أبي حنيفة. وما مشى عليه في البحر قولهما وهو الصحيح كما في معين المفتي

عليه أو بعضه رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه وهلاك بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه في الفصلين.

فصل

الصلح جائز عن دعوى المال والمنفعة[١] والجناية بخلاف الحد ومن النكاح والرق

قبله، كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا إذا استحقت بعد الافتراق فإن الصلح يبطل، وإن كان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس **(وهلاك بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه في فصل الإقرار وفصل الإنكار والسكوت)** وإن ادعى حقاً في دار مجهولاً فصولح على شيء ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض، وإن ادعى داراً فصالحه على قطعة منها لم يصح حتى يزيد درهماً في بدل الصلح أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي والله أعلم.

فصل

(الصلح جائز عن دعوى المال) مطلقاً **(والمنفعة)** كصلح المستأجر مع المؤجر عند إنكاره الإجارة أو مقدار المدة المدعى بها أو الأجرة، وكذا الورثة إذا صالحوا الموصى له بالخدمة على مال مطلقاً أو المنافع إن اختلف جنسها فإنه يجوز لا إن اتحد. وإن صالحوه على ثوب فوجد به عيباً كان له رده والرجوع بالموصى به، وليس له بيع المصالح عليه قبل قبضه وله الاستبدال به قبل قبضه إن كان مما لا يتعين بالتعيين. ولو اشترى الوارث منه الخدمة لم يجز، ولو قال أعطيتك هذه الدراهم مكان خدمتك أو عوضاً عنها أو بدلاً أو على أن تتركها جاز صلحاً كقوله أهب لك هذه الدراهم على أن تهب لي خدمتك بشرط قبض الدراهم. ولو كان الوارث اثنين فصالحه أحدهما على عشرة دراهم على إن جعل له خدمة هذا الخادم خاصة دون شريكه لم يجز، ولو باع الورثة العبد فأجاز صاحب الخدمة البيع بطلت خدمته ولم يكن له في

فصل

قوله: **(عن دعوى المال والمنفعة)** قال الرملي وفي السراج الوهاج قال في المستصفى: صورة دعوى المنافع أن يدعي على الورثة أن الميت أوصى بخدمة هذا العبد وأنكر الورثة لأن الرواية محفوظة على أنه لو ادعى استئجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز اهـ. وفي الأشباه للشارح: الصلح جائز عن دعوى المنافع إلا دعوى إجارة كما في المستصفى اهـ.

---

(١) قد أثبتا المتن في هذه الملزمة طبق ما في المتون وإن تخالف مع المتن الذي كتب عليه الشارح فليعلم.

....

الثمن حق كدفعه بجناية بخلاف المرتهن إذا أجاز بيع الراهن كان الثمن رهناً. ولو قتل العبد وأخذوا قيمته كان عليهم أن يشتروا بها عبداً للخدمة، وصلحهم معه على شيء قبل الشراء جائز كصلحهم بعد ما قطعت إحدى يديه وأخذ أرشها، ولو كان الموصى به غلة العبد فصولح على دراهم جاز، وإن كانت غلته أكثر وصلح أحدهم على أن الغلة له غير جائز، وإن كانت الوصية له بغلة مدة معينة وله هنا الإجارة بخلاف الموصى له بالسكنى أو الخدمة. وصلحهم مع الموصى له بغلة نخلة بعد ما خرجت جائز بشرط القبض إن كان إحدى علتي الربا موجودة ويحرم الفضل إن وجد العلتان، وصلحهم هنا معه على غلة أخرى أو غلة عبده مدة معلومة غير جائز، وصلحهم مع الموصى له بما في بطن أمته الحامل على دراهم معلومة جائز بخلاف بيعه وصلح أحدهم على أن يكون له خاصة. وإذا ولدت ميتاً هنا بطل الصلح بخلاف ما لو ضرب إنسان بطنها فألقت جنيناً ميتاً والأرش لهم. ومضي أكثر مدة الحمل قبل وضعها مبطل للصلح كصلح الأجنبي على أن يكون له.

والصلح في كل جناية فيها قصاص على ما قل من المال أو كثر جائز، ولو صالحه من الجراح أو الجراحة أو الضربة أو القطع أو الشجة أو اليد على شيء ثم برئ فهو جائز، وإن مات بطل وعليه الدية في ماله، وإن كان الجرح خطأ فعلى عاقلته إلا إذا صالحه عنه وما يحدث منه فهو ماضٍ عاش أو مات. وصلح المريض المجروح عن العمد نافذ مطلقاً. وعن الخطأ من الثلث إنْ كان فيه حط. وصلحه عن أصبع قطعه عمداً أو خطأ على شيء لا يوجب براءته عن أصبع أخرى شلت كصلحه عن موضحة فصارت منقلة فإنه يجب أرشها وهو عشر ونصف من الدية. وصلح أحد الورثة من حصته مع القاتل عمداً على شيء صحيح ولا شيء للبقية منه، وكل ما يصلح أن يكون صداقاً في النكاح يصلح أن يكون عوضاً في الصلح عن القصاص، وله التصرف في بدله قبل قبضه وتجب قيمته لو هلك كما لو استحق. ولا يبطل الصلح ويرده بالعيب الفاحش ويرجع بقيمته لا باليسير كالصداق. ولو ظهر البدل حراً وجب على القاتل الدية في ماله كوجوب مهر المثل في الصداق، ولو اختلفا في البدل فالقول للقاتل مع يمينه بخلاف الصداق يرجع فيه إلى مهر المثل، ونظير الأول الخلع وصلح أحد الورثة مع القاتل خطأ يوجب شركة البقية معه إن شاؤوا إلا أن يشاء المصالح أن يعطيهم ما خصهم من الأرش كالدين المشترك، ولو صالحه من الخطأ على عوض بغير عينه لم يجز، وكذا المكيل والموزون. وهلاك بدل الصلح هنا قبل قبضه أو استحقاقه موجب نسخه وله رده بالعيب ولو يسيراً، وليس له التصرف فيه قبل قبضه كالبيع وصلحه عن دم العمد على منفعة كالسكنى والخدمة لمدة معلومة جائز كالصداق بخلاف ما في بطن أمته أو غلة نخلة ولو لمدة معلومة بخلاف الخلع عليه فإنه صحيح. وتجب الدية إذا فسدت التسمية لا القود بخلافه على خمر أو خنزير لا يجب شيء. والصلح عن القود على عفو عن

وكان خلعاً وعتقاً على مال وإن قتل العبد المأذون رجلاً عمداً لم يجز صلحه عن نفسه وإن قتل عبد له رجلاً عمداً فصالحه عنه جاز ولو صالح على المغصوب المتلف بما زاد

القود صحيح، ولا يصلح العفو عنه أن يكون صداقاً فالكلية المتقدمة غير منعكسة. وللأب أن يصالح عن دم عمد واجب لابنه الصغير أو المعتوه على الدية ولا يجوز حطه منها ولو يسيراً بخلاف البيع بالغبن اليسير، وكذلك الوصي فيما دون النفس له الصلح كالاستيفاء وليس له الأمران في النفس، والإمام كالأب لا الوصي، وصلح المولى عن عبده القاتل عمداً مع أحد الورثة على دفع النفس العبد يوجب شركة البقية أو الفداء، وصلحه عن أمته القاتلة خطأ مع أحدهم على دفع ولدها الحادث اختيار من المولى للفداء فترجع البقية عليه بحصتهم من الدية، وصلحه مع القاطعة يده عمداً على أن يتزوجها صحيح إن لم يمت منها، فإن مات بطل وعليها الدية في مالها ولها مهر المثل، وإن خطأ فعلى عاقلتها ولا ترث منه، وصلحها مع زوجها الجارح لها عمداً على أن يخلعها صحيح إلا إذا ماتت فعليه الدية ولا شيء له من مهر المثل وعلى أن يطلقها كذلك والطلاق رجعي. وصلح المكاتب القاتل عمداً على شيء صحيح إن لم يرد في الرق، وإن رد بطل المال عنه إلا إذا أعتق، ولو كان به كفيل أخذ للحال. ولو كان للمقتول وليان فصالح المكاتب أحدهما ثم عجز تأخر نصيب المصالح إلى عتقه ولغيره مطالبة المولى بالدفع بحصته أو بالفداء، وصلح المأذون القاتل عمداً عن نفسه غير صحيح وعن عبده صحيح وسقط القود في الكل وتأخر في الأول إلى ما بعد العتق **(والصلح عن الحدود لا يصح)** ولو عن حد القذف ولو عن الإبراء عنه بخلاف صلحه بعد دعوى السرقة عليه على أن أبرأه عنها فإنه صحيح وعلى أن يقر له بها فأقر، فإن كانت العين قائمة تتعين بالتعيين فالصلح جائز، وإن كانت مستهلكة أو دراهم لا تتعين فباطل إن كان المسروق دراهم، وإن اختلف الجنس فصحيح ولو في حالة الاستهلاك، وصلحه بعد دعواها أن هذا ولده لتتركها باطل كصلح رجل مع من تعدى على طريق العامة كبناء ظلة إلا إذا كان إماماً بخلاف الطريق الخاص ولا يسقط به حق الباقين إلا برضاهم.

(وجاز الصلح عن دعوى النكاح) سواء كان هو المدعي أو هي ولو صالحها على أن تقر به جاز ويجب المال ويكون ابتداء نكاح فيحتاج إلى الشهود **(و)** صح عن دعوى **(الرق وكان)** في حق المدعي **(عتقاً على مال)** وفي حق الآخر دفعاً للخصومة فصح على جوازه في الذمة إلى أجل كالكتابة، ولا ولاء للمدعي إلا أن يقيم بينة بعده فتقبل في ثبوت الولاء لا في كونه رقيقاً، وكذا في كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعى به كما قدمناه، وتصح الكفالة ببدل الصلح هنا بخلافها ببدل الكتابة، ولو أقامت بينة بعد صلحها معه على أنه

قوله: **(وليس له الأمر أن في النفس)** قال الرملي: ذكر الزيلعي في الجنايات أن له الصلح في رواية الجامع الصغير وبين وجه كل من القولين فراجعه وتأمل.

على قيمته أو على عرض صح ولو أعتق موسر عبداً مشتركاً فصالحه الشريك على أكثر من نصف قيمته لا ومن كل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه ما

أعتقها قبل الصلح أو أنها حرة الأصل رجعت عليه بما أخذه، ولو أقامتها أن فلاناً أعتقها قبله لا تقبل. ولا يصح الصلح عن دعوى العتق من العبد على المولى، ويصح لو دفع العبد للمولى على إمضاء العتق كما تقدم. وتقبل بينة العبد بعده على العتق والأمة كالعبد، وإذا ادعى المكاتب أن مولاه أعتقه قبل الأداء فصالحه على حط النصف من بدل الكتابة ثم أقام بينة أنه كان أعتقه قبل ذلك فالصلح باطل. والصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة جائز، فلا تقبل بينة الغاصب بعده على أن قيمته أقل مما صالح عليه ولا رجوع للغاصب لو تصادقا بعده على أنها أقل **(ولو أعتق موسر عبداً مشتركاً فصالح الشريك على أكثر من نصف قيمته لا)** يجوز كالصلح في الأول بعد القضاء بالقيمة. وصلح رب العين مع الغاصب بعد استهلاك آخر على أقل من القيمة صحيح، وللغاصب الرجوع على المستهلك بجميع القيمة ويتصدق بالفضل، وللمالك صلح المستهلك على الأقل ولا يتصدق بشيء. وصح تأجيل بدل المغصوب المصالح عليه بعد إباقه إذا كان مما لا يتعين إلا إذا كان مكيلاً أو موزوناً موصوفاً مؤجلاً فهو فاسد كما لو لم يكن مؤجلاً وفارقه قبل التعيين، وإن كان بعينه لم يبطل بالافتراق قبل القبض. وإن كان المصالح عنه المغصوب قائماً جاز تأجيل بدله مطلقاً وكان بيعاً. ولو ادعى الغاصب عدم إباقه وأنه في بيته والمولى إباقه ثم صالحه على طعام مؤجل جاز عملاً بقول الغاصب لكون العوض مستحقاً عليه ولدعواه الصحة كشرائه عبداً أقر بحريته نظراً إلى زعم البائع وقبول قوله في مقداره. ولو كان المغصوب مكيلاً قائماً فالصلح على موزون مؤجل صحيح، وعلى مكيل نسيئة لا، وإن كان مستهلكاً لا يجوز نسيئة مطلقاً إلا على طعام مثله فيجوز. ولو مؤجلاً مطلقاً إلا على أكثر منه فلا ولو حالاً. ولو غصب مكيلاً أو موزوناً ولو مما لا يتعين فصالحه منه على نصفه أو نصف مثله والمغصوب قائم جاز إن كان المغصوب غائباً كهلاكه، ويجب على الغاصب رد الباقي على المغصوب منه، وإن كان حاضراً وهو مقر به فصالحه على نصفه بشرط البراءة من الباقي لا يجوز ويلزمه دفع الكل لأن المغصوب القائم بعد الإبراء منه يكون أمانة ولا يكون ملكاً للغاصب، وإن كان عرضاً كعبد وثوب فصالحه على نصفه وهو غائب لا يجوز مقراً كان الغاصب أو منكراً، وأحد الشريكين في العرض إذا صالح الغاصب له من نصيبه على دراهم أو دنانير بعد استهلاكه شركه فيه الآخر كالدين المشترك وعلى عرض خير القابض إن شاء أعطاه نصفه أو ربع قيمة العرض بخلاف ما لو اشترى بنصيبه ثوباً فإنه يخير بين دفع نصيبه أو دفع نصف القيمة لكونه مبنياً على الاستقصاء والصلح على المماكسة. وإن كان قائماً حاضراً أو غائباً لا يشاركه الآخر كما لو باع أحدهما حصته، ولا يكون الغاصب مقرا بهذا الصلح للمصالح معه فلا يكون

لم يضمنه بل يلزم الموكل وإن صالح عنه بلا أمر صح إن ضمن المال أو أضاف إلى ماله أو قال على ألف وسلم وإلا توقف فإن أجازه المدعى عليه جاز وإلا بطل.

باب الصلح في الدين

الصلح عما استحق بعقد المداينة أخذ لبعض حقه وإسقاط الباقي لا معاوضة فلو

مقراً للشريك بالطريق الأولى. وإن كان المغصوب مكيلاً أو موزوناً فصالحه أحدهما على غير جنسه وهو غائب شاركه الآخر كالمستهلك، وإن كان حاضراً مقراً به لا أو منكراً لا. ولو ادعيا أن هذه الدار ميراث أبيهما فصالح رب الدار أحدهما لم يشاركه الآخر سواء كان المصالح منكراً أو مقراً **(ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صلح عليه)** والمال لازم للموكل إذا كان عن دم عمد أو على بعض ما يدعيه من الدين ولو بعد الإقرار إلا أن يضيفه الوكيل، أو كان عن مال بمال على إقرار وعلى إنكار لا يلزمه مطلقاً. والأمر بالصلح أمر بالضمان فله الرجوع عليه إن أدي بغير أمره كالخلع بخلاف الأمر بالنكاح لصحتهما من الأجنبي بلا أمر بخلافه وهو على أوجه: إن صالح بمال وضمنه ثم وهو متبرع لا شيء له من المصالح عنه بل هو للذي في يده مقراً كان أو منكراً إلا إذا كان عن عين والمدعى عليه مقر فهي للمصالح، وكذا إن صالحه على مال نفسه كألفي هذا وعبدي صح ولزمه التسليم، وكذا لو قال صالح فلاناً على ألف وسلمها وإن لم يسلمها فهو موقوف إن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف وإلا بطل إلا إذا قال صالحني ففرق بينه وبين صالح فلاناً. والخامس أن يقول صالح فلاناً على هذه الألف أو على هذا العبد من غير نسبة له فهو كالإضافة إلى نفسه. وفي «صالحتك على ألف» اختلف المشايخ منهم من جعله موقوفاً، ومنهم من جعله نافذاً، والأول أولى. ولو استحق العوض في الوجوه كلها أو وجده زيوفاً أو ستوقة لم يرجع على المصالح ويرجع بالدعوى إلا إذا ضمن المصالح ا هـ والله أعلم.

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه **(الصلح)** وهو من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه **(بعقد المداينة)** أي البيع بالدين لم يحمل على المعاوضة وإنما هو **(أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقي فلو صالح عن ألف على نصفه أو على ألف مؤجل)** أو خمسمائة مؤجلة أو عن ألف جياد على خمسمائة زيوف حالة أو مؤجلة أو عن ألف مؤجلة على ألف حالة مقبوضة أو عن

باب الصلح في الدين

صالح عن ألف على نصفه أو على ألف مؤجل جاز وعلى دنانير مؤجلة أو عن ألف مؤجل أو سود على نصف حال أو بيض لا ومن له على آخر ألف فقال أدّ غداً نصفه على أنك بريء من الفضل ففعل برئ وإلا لا ومن قال لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط ففعل صح عليه.

فصل في الدين المشترك

دين بينهما صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب لشريكه أن يتبع المديون بنصفه أو

ألف سود على ألف بيض مقبوضة أو عن ألف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة أو مؤجلة أو عن ألف مؤجلة بدل الكتابة على خمسمائة حالة **(جاز)** وعن ألف مؤجلة على خمسمائة حالة في غير المكاتب أو عن ألف درهم على دنانير مؤجلة أو عن ألف سود على خمسمائة بيض أو عن ألف على طعام موصوف في الذمة مؤجل أو غير مؤجل غير مقبوض لم يجز. والأصل أنه متى كان الذي وقع عليه الصلح أدون من حقه قدراً أو وصفاً أو في إحداهما فهو إسقاط للبعض واستيفاء للباقي، وإن كان أزيد منه بمعنى أنه دخل فيه ما لا يستحق من وصف أو ما هو بمعنى الوصف كتعجيل المؤجل وعن اختلاف الجنس فهو معاوضة. ويجوز الصلح بدراهم عن دراهم مجهولة في الذمة **(ومن له على آخر ألف فقال أد غداً نصفه على أنك بريء من الفضل ففعل برئ وإلا لا)** وكذا لو قال وأنت بريء من الزيادة على أنك إن لم تدفعها إلي غداً فلا تبرأ عن الباقي، ولو قال أبرأتك عن كذا على أن تعطيني كذا فإنه يبرأ وإن لم يؤد غداً، وكذا لو قال أدّ إلي كذا على أنك بريء من باقيه ولم يوقت، ولو قال إن أديت إليَّ خمسمائة أو إذا أديت أو متى أديت فأنت بريء من الباقي لم يصح مطلقاً لعدم صحة تعليق البراءة بصريح الشرط بخلاف ما إذا كان بمعناه **(ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط)** بعضه **(ففعل صح)** إن قال ذلك سراً وإن قال علانية يؤخذ به. ولو ادعى ألفاً فجحده فقال اقرر لي بها على أن أحط منها مائة أو على أن حططت منها مائة فأقر جاز بخلاف قوله على أن أعطيك مائة لأن الإقرار لا يستحق به البدل، ولو قال إن أقررت لي حططت منها مائة فأقر صح الإقرار لا الحط؛ كذا في المجتبى والله أعلم.

فصل في الدين المشترك

الدين المشترك بسبب متحد كثمن مبيع بيع صفقة واحدة عيناً واحدة أو أعياناً بلا

فصل في الدين المشترك

قوله: **(وإن صالحه على جنسه خير الشريك الخ)** ولا خيار للمصالح لأنه كقبض بعض الدين

يأخذ نصف الثوب من شريكه إلا أن يضمنه ربع الدين ولو قبض نصيبه شركه فيه ورجعا بالباقي على الغريم ولو اشترى بنصيبه شيئاً ضمنه ربع الدين وبطل صلح أحد ربي سلم من نصيبه على ما دفع وإن أخرجت الورثة أحدهم عن عرض أو عن عقار بمال أو عن ذهب بفضة أو بالعكس صح قل أو كثر وعن نقد وغيرهما بأحد النقدين

تفصيل ثمن أو قيمة عين مشتركة مستهلكة أو بدل قرض أو دين موروث صالحه أحدهما عن نصيبه، فإن كان على غير جنس الدين خير الشريك إن شاء اتبع المديون بحصته أو شريكه، فإن اختار اتباع شريكه خير المصالح إن شاء دفع له حصته من المصالح عليه وإن شاء ضمن له ربع الدين. ولا فرق بين كون الصلح عن إقرار أو سكوت أو إنكار والحيلة في اختصاصه به دون رجوع الشريك عليه أن يهبه الغريم قدر دينه وهو يبرئه عن دينه أو يبيعه الطالب شيئاً يسيراً بقدر نصيبه ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن المبيع. وإن صالحه على جنسه خير الشريك إن شاء اتبع المديون أو شاركه ثم يرجعان بالباقي على الغريم كما لو قبض، فلو اختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلساً رجع على القابض بنصف ما قبض ولو من غيره، ولو اشترى بنصيبه شيئاً ضمنه ربع الدين إن شاء كالاستئجار بنصيبه وحدوث دين للمطلوب على أحدهما حتى التقيا قصاصاً كالقبض كتزوجه المديونة بدراهم مطلقة، وكغصب أحدهما منه عيناً وهلكت عنده أو شراء فاسداً كذلك بخلاف الدين المتقدم على أحدهما قبل وجوب المشترك إذا صار قصاصاً لا يكون قبضاً كتزوجه المديونة على نصيبه وكإتلاف أحدهما متاع المطلوب وصلحه عليه عن جناية عمد. وكإبراء أحدهما من نصيبه أو عن بعضه واقتسما ما بقي بالحصة فليس بقبض فلا يضمن لشريكه شيئاً. ولو أجله أحدهما فإن لم يكن واجباً بعقد كل واحد منهما بأن ورثا ديناً مؤجلاً فالتأجيل باطل، وإن كان واجباً بإدانة أحدهما، فإن كانا شريكين شركة عنان فإن أخر الذي ولي الإدانة صح تأجيله في جميع الدين، وإن أخر الذي لم يباشرها لم يصح في حصته أيضاً، وإن كانا متفاوضين وأجل أحدهما أيهما أجل صح تأجيله كتأجيل الوكيل بالبيع الثمن، وإن حط أحدهما إن كان عاقدا جاز حطه بعضا وكلا ويضمن نصيب شريكه إن حط الكل وإن صالح أحدهما عن عين اختص به وإن لم يكن عاقداً يجوز في نصيبه لا في نصيب شريكه؛ كذا في فتاوى قاضيخان. وإذا صالح أحد ربي السلم عن المشترك

كما في. . .[(١)] قوله: **(ولو من غيره)** قال الرملي: أي غير ما قبض اهـ. قلت: وعبارة الزيلعي رجع عليه كما في الحوالة لكن ليس له أن يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة لأن حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوي ويعود إلى ذمته في مثلها.

---

(١) هنا بياض في الأصل.

لا ما لم يكن المعطى أكثر من حظه منه ولو في التركة دين على الناس فأخرجوا ليكون الدين لهم بطل وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه صح ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة.

بينهما شركة خاصة عن نصيبه على ما دفع من رأس المال توقف على إجازة شريكه، فإن رد بطل أصلاً وبقي المسلم فيه على حالة، وإن أجاز نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقي الطعام بينهما سواء كان رأس المال مخلوطاً أو لا، وإن كانا شريكين مفاوضة جاز ولو في الجميع وعناناً توقف أيضاً إن لم يكن من تجارتهما والله أعلم.

فصل في صلح الورثة

(ولو أخرجت الورثة أحدهم عن عرض أو عقار بمال أو عن ذهب بفضة أو على العكس صح قل أو كثر) حملاً على المبادلة لا يبرأ إذ هو عن الأعيان باطل؛ كذا أطلق الشارحون هنا والذي تعطيه عبارات الكتب المشهورة التفصيل؛ فإن كان الإبراء عنها على وجه الإنشاء فإما أن يكون عن العين أو عن الدعوى بها، فإن كان عن العين فهو باطل من جهة أن له الدعوى بها على المخاطب وغيره صحيح من جهة الإبراء عن وصف الضمان ولهذا قال في الذخيرة قالوا: إن عبداً في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئاً منه، ولو قال له أبرأتك منه كان له أن يدعيه وإنما أبرأه من ضمانه اهـ. وإن كان عن الدعوى فإن كان بطريق الخصوص كما إذا أبرأه عن دعوى هذه العين فإنه لا تسمع دعواه بالنسبة إلى المخاطب وتسمع بالنسبة إلى غيره ولهذا قال الولوالجي في فتاواه قبيل كتاب الإقرار: رجل ادعى على رجل داراً أو عبداً ثم قال المدعي للمدعى عليه أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي في هذه الدار أو في دعوى في هذه الدار فهذا كله باطل حتى لو

فصل في صلح الورثة

قوله: **(ولهذا قال في الذخيرة الخ)** وفي الخانية: الإبراء عن العين المغصوبة إبراء عن ضمانها وتصير أمانة في يد الغاصب. وقال زفر: لا يصح الإبراء وبرئ من ضمان قيمتها اهـ. وفي الخلاصة: أقام البينة على إبرائه عن المغصوب لا يكون إبراء عن قيمة المغصوب وإنما هو إبراء عن ضمان الرد لا عن ضمان القيمة لأن حال قيامه الرد واجب عليه لا قيمته فكان إبراء عما ليس بواجب اهـ. يعني ليس بواجب الآن حال قيام العين حتى إذا منعها بعد الطلب أو استهلكها بعد الإبراء ضمن. وفي الأشباه: قولهم الإبراء عن الأعيان باطل معناه لا تكون ملكاً له بالإبراء وإلا فالإبراء عنها لسقوط الضمان صحيح أو يحمل على الأمانة اهـ. قوله: **(حتى لو ادعى ذلك تسمع)** أي لو ادعاها على غير المخاطب بقرينة التعليل الآتي. والحاصل أنه إذا كانت البراءة على طريق الخصوص

....

ادعى ذلك تسمع، ولو أقام البينة تقبل بخلاف ما إذا قال برئت لا تقبل بينته بعده. وكذلك إذا قال أنا بريء من هذا العبد أو خرجت فليس له أن يدعي بعده لأن قوله أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار خاطب الواحد فله أن يخاصم غيره بخلاف قوله برئت لأنه أضاف البراءة إلى نفسه مطلقاً فيكون هو بريئاً اهـ. وإن كان بطريق التعميم فله الدعوى على المخاطب وغيره ولهذا قال في القنية: افترق الزوجان وأبرأ كل واحد منهما صاحبه عن جميع الدعاوى وللزوج أعيان قائمة لا تبرأ المرأة منها وله الدعوى لأن الإبراء إنما ينصرف إلى الديون لا الأعيان اهـ. وإن كان الإبراء على وجه الإخبار كقوله هو بريء مما لي قبله فهو صحيح متناول للدين والعين فلا تسمع الدعوى، وكذا إذا قال لا ملك لي في هذه العين، ذكره في المبسوط والمحيط. فعلم أن قوله لا أستحق قبله حقاً مطلقاً ولا

أي عن دعوى عين مخصوصة، فإن أضاف البراءة عن العين إلى المخاطب لا تسمع دعواه بها عليه وتسمع على غيره، وإن أضافها إلى نفسه لا تسمع الدعوى على أحد قوله: **(وإن كان بطريق التعميم)** عطف على قوله «فإن كان بطريق الخصوص» يعني إنشاء الإبراء عن دعوى الأعيان إن كانت بطريق التعميم لا تصح مثل أن يقول أبرأتك عن كل دعوى فهذا شامل للعين وغيرها، فله الدعوى على المخاطب وغيره بالعين بخلاف ما إذا أبرأه عن دعوى عين مخصوصة فلا يدعي بها على المخاطب، ولا يخفى عليك أنه حيث صح إبراء المخاطب عن دعوى العين المخصوصة ينبغي أن يصح أيضاً إبراؤه عنها في صيغة التعميم إذ لا فرق يظهر بل قد يدعي الأولوية في التعميم كيف وهو مخالف لقولهم الإبراء عن دعوى الأعيان صحيح بخلاف الإبراء عن الأعيان نفسها. وفي القنية: لو أبرأه بعد الصلح عن جميع دعاويه وخصوماته صح وإن لم يحكم بصحة الصلح اهـ. ونحوه في حاوي الحصيري. وأما ما نقله المؤلف عن القنية مستشهداً به على مدعاه فيمكن تأويله لأن عبارة القنية في المداينات هكذا: افترق الزوجان وأبرأ كل واحد منهما صاحبه عن جميع الدعاوى وكان للزوج بذر في أرضها وأعيان قائمة فالحصاد والأعيان القائمة لا تدخل في الإبراء عن جميع الدعاوى اهـ. وتأويله أن هذا مبني على أحد قولين والمرجح خلافه، أو على الزوجة مقرة بالحصاد والأعيان بأنها للزوج فلهذا قال لا تدخل في الإبراء يعني أنها لا تصير ملكاً للزوجة وتؤمر بدفعها للزوج، يؤيد ذلك ما في البزازية والخلاصة: أبرأ المستأجر الآجر عن كل الدعاوى ثم أدرك الزرع فجاء المستأجر بعدما رفع الآجر الغلة وادعى الغلة، قيل تسمع والأشبه أنه لا تسمع. ولو رفع الآجر الغلة أولاً ثم أبرأه المستأجر عن الدعاوى لا تسمع دعواه، وهذا إذا جحد الآجر أن يكون الزرع للمستأجر، وإن مقراً أنه للمستأجر يؤمر بالدفع إليه اهـ. فإن كانت الزوجة منكرة فهو مبني على خلاف الأشبه، وإن كانت مقرة فلا إشكال ويؤيد أنها مقرة بذلك. قوله «وكان للزوج بذر وأعيان الخ» فإنه يدل على أنها مسلمة لذلك وإلا كان مقتضى التعبير أن يقال وادعى الزوج بذراً وأعياناً الخ. فتدبر ذلك قوله: **(فعلم أن قوله لا أستحق قبله حقاً مطلقاً الخ)** يشير إلى أن هذا من الإبراء على وجه الإخبار المتناول

....

استحقاقاً ولا دعوى يمنع الدعوى بحق من الحقوق قبل الإقرار عيناً كان أو ديناً.

قال في المبسوط: ويدخل في قوله لا حق لي قبل فلان كل عين أو دين وكل كفالة أو جناية أو إجارة أو حد، فإن ادعى الطالب بعد ذلك حقاً لم تقبل بينته عليه حتى يشهدوا أنه

للدين والعين لكن يرد عليه ما نقله الإمام الأستروشني في آخر كتاب أحكام الصغار عن المنتقى حيث قال: رجل أوصى إلى رجل ومات فدفع الوصي إلى الوارث ميراثه وكل شيء كان له في يديه من تركة أبيه وأشهد الابن على نفسه أنه قبض منه جميع تركة والده فلم يبق من تركة والده قليل ولا كثير إلا وقد استوفاه، ثم ادعى بعد ذلك داراً في يد هذا الوصي وقال هذه من تركة والدي تركها ميراثاً ولم أقبضها قال: فهو على حجته وأقبل بينته وأقضي بها له اهـ. ومثله في فصل الدعوى من أدب الأوصياء معزياً إلى المنتقى والخانية والعتابية. وقد استشكل هذا الفرع العلامة الطرسوسي بأن قوله «ولم يبق لي شيء» نكرة في سياق النفي فتعم فيكون بالدعوى متناقضاً. وأجاب عنه ابن وهبان بأن اعترافه بأنه لم يبق له حق يمكن حمله على ما قبضه يعني لم يبق لي حق مما قبضته اهـ. وهو بعيد كما لا يخفى. وأجاب عنه ابن الشحنة بجواب آخر بأنه إنما تسمع دعواه استحساناً لا قياساً لقوة الشبهة لعدم معرفته بما يستحقه من جهة والده لجهله بمعرفة ما لوالده على جهة التفصيل، فاستحسنوا سماع دعواه هنا بخلاف ما إذا كان مثل هذا الإشهاد مجرداً عن سابقة الجهل المذكور اهـ. فهذه المسألة خارجة عن قولهم لا تسمع الدعوى بعد الإبراء العام ولذا استثناها المؤلف في الأشباه والنظائر من هذه القاعدة، لكن ينبغي على ما قاله ابن الشحنة أنه لو اعترف باطلاعه على مفردات تركة والده وأصولها وإحاطته بها علماً كما يكتب الآن في وثيقة الإقرار أن لا تسمع دعواه. هذا وأما ما قاله العلامة الشرنبلالي بأن هذا إقرار لغير معين لا إبراء لمعين فلا يمنع صحة الدعوى حيث لم يخاطب معيناً والإقرار لمجهول باطل وبأن الإبراء عن الأعيان باطل فصح دعواه الدار ونحوها اهـ ملخصاً. ففيه نظر، أما أولاً فلأن قوله إنه إقرار لغير معين فإنما يرد على ما في الأشباه، أما على ما نقلناه عن أحكام الصغار وأدب الأوصياء فلا، لأن المخاطب فيه الوصي فهو معين. وأما ثانياً فلأن الإبراء عن الأعيان باطل إذا لم يكن في ضمن الإبراء العام أو الإقرار العام على ما ذكره المؤلف هنا، وما في مسألتنا إن لم يكن إبراء عاماً يكن إقراراً عاماً فيمنع الدعوى للتناقض فيتعين الجواب بما قاله ابن وهبان أو بما قاله ابن الشحنة والله أعلم. لكن ذكر في جامع الفصولين: أبرأه عن جميع الدعاوى فادعى عليه مالاً بالإرث فلو مات مورثه قبل إبرائه لا تسمع دعواه وإن لم يعلم هو بموت مورثة عند إبرائه اهـ. ومثله في الخلاصة والبزازية، وكذا في الفواكه البدرية لابن الغرس حيث قال: لو أبرأه مطلق أو أقر أنه لا يستحق عليه شيئاً ثم ظهر بعد ذلك أن المقر له كان قبل الإبراء أو الإقرار مشغول الذمة بشيء من متروكات أبي المقر ولم يعلم المقر بذلك ولا بموت أبيه إلا بعد الإقرار والإبراء لا يكون له المطالبة بذلك ويعمل الإقرار والإبراء عمله ولا يعذر المقر اهـ. فهذا كما ترى مخالف لما تقدم إلا أن يحمل على أن هذا هو القياس والاستحسان ما مر، أو على أن في المسألة قولين، أو على أن ما مر في إبراء بعض الورثة للوصي أو لباقي الورثة، وهذا في إبراء بعض الورثة

....

بعد البراءة لأن بهذا اللفظ استفاد على العموم اهـ. ولا يشترط في صلح أحد الورثة المتقدم أن تكون أعيان التركة معلومة لكن إن وقع الصلح عن أحد النقدين بالآخر يعتبر التقابض في المجلس غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفى بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح، وإن كان مقراً غير مانع يشترط تجديد القبض، ولو صالحوه عن النقدين وغيرهما بأحد النقدين لا يصح الصلح ما لم يعلم أن ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس إن كانوا متصادقين، وإن أنكروا وراثته جاز مطلقاً بشرط التقابض فيما يقابل النقد منه، وإن لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس فالصحيح أن الشك إن كان في وجود ذلك في التركة جاز الصلح، وإن علم وجود ذلك في التركة لكن لا يدري أن بدل الصلح من حصتها أقل أو أكثر أو مثله فسد؛ كذا في فتاوى قاضيخان. ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً، ولو كان نقدين جاز مطلقاً بشرط التقابض في المجلس، ولو كان في التركة دين على الناس فأخرجوه ليكون الدين لهم بطل، وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه صح، ولو كان على الميت دين يحيط بطل الصلح والقسمة إلا أن يضمن الوارث الدين بشرط أن لا يرجع في التركة أو يضمن أجنبي بشرط براءة الميت أو يؤدوا دينه من مال آخر، وإن لم يكن مستغرقاً صح الصلح والقسمة ويرفعون منها قدر الدين حتى لا يحتاجون إلى نقض القسمة، والأولى أن لا يفعلوا ذلك حتى يقضوا الدين، فإذا أخرجوا واحداً فحصته تقسم بين البقية على السواء إن كان ما أعطوه من مالهم غير الميراث، وإن كان مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم. وقيده الخصاف بأن يكون عن إنكار، أما إذا كان عن إقرار فهو بينهم على السواء مطلقاً. وصلح أحدهم عن بعض الأعيان صحيح، وصلح أحدهم عن دعوى أجنبي حقاً في التركة مع غيبة البقية جائز، ويكون متبرعاً في حصة شركائه كالأجنبي. وإن كان صالح على أن يكون حق المدعى له دون غيره فهو جائز، فإن أثبته سلم له وإلا بطل الصلح في حصة الشركاء ويرجع على المدعي بحصة ذلك من البدل، والموصى له يمنزلة الوارث فيما قدمناه. وإذا صالحوا أحدهم ثم ظهر للميت دين أو عين لم يعلموها هل يكون داخلاً في الصلح؟ فيه قولان مذكوران في فتاوى قاضيخان. قدم أنه لا يكون داخلاً ويكون ذلك الدين والعين بين جميع الورثة وقد ذكر في أول الفتاوى أنه يقدم ما هو الأشهر فكان هو المعتمد. وعلى قول من يقول بالدخول فإن كان الظاهر ديناً فله الصلح كأنه وجد في الابتداء، وإن كان عيناً لا. ولو ادعت الزوجة ميراثها صح الصلح على أقل من نصيبها أو مهرها ولا يطيب لهم إن علموا ذلك، فإن أقامت بينة بطل الصلح.

فروع: ادعى أرضاً أنها وقف ولا بينة له فصالحه المنكر لقطع الخصومة جاز ويطيب له

لأجنبي قوله: (**حتى يشهدوا أنه بعد البراءة**) هذا دليل على أن قوله «لا حق لي» يسمى إبراء عاماً.

....

إذا كان صادقاً. وفي الأجناس لا يصح لأن فيه معنى البيع وبيع الوقف لا يصح وكل صلح بعد صلح فالثاني باطل، وكذا الصلح بعد الشراء والشراء بعد الشراء جائز. ولو أقام بينة بعد الصلح عن إنكار أن المدعي قال قبله ليس لي قبل فلان حق فالصلح ماض، ولو قال بعده ما كان لي قبله حق بطل ادعى مالاً أو غيره فجاء رجل واشترى ذلك من المدعي يجوز الشراء في حق المدعي ويقوم مقامه في الدعوى، فإن استحق شيئاً من ذلك كان له وإلا فلا. فإن جحد المطلوب ولم يكن له بينة فله أن يرجع على المدعي والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا. والفاسدة ما يمكن تصحيحها والصلح عن دعوى حق الشرب أو حق الشفعة أو حق وضع الجذوع ونحوه يجوز على الأصح لأن الأصل متى توجهت اليمين نحو الشخص في أي حق كان فافتدى اليمين بدراهم يجوز، وكذا لو ادعى قبله تعزيراً بأن قال كفرني أو أضللني أو رماني بسوء ونحوه حتى توجهت اليمين ونحوه فافتداها بدرهم يجوز على الأصح، وكذا لو صالحه من يمينه على عشرة أو من دعواه؛ الكل في المجتبى. ولو قال المدعى عليه إن حلفت أنها لك دفعتها فحلف المدعي ودفع المدعى عليه الدراهم إن كان دفع إليه بحكم الشرط فهو باطل وللدافع أن يسترد، ولو استقرض من رجل دراهم بخارية ببخارى أو اشترى سلعة بدراهم بخارية ببخارى فالتقيا ببلدة لا يوجد فيها البخارية قالوا: يؤجل قدر المسافة ذاهباً وجائياً ويستوثق منه بكفيل. والصلح مع المودع على أقسام: أحدها أن ينكر الاستيداع ثم تصالحا على معلوم جاز الصلح. ثانيها أن يقربه فطالبه بها وادعى أنه استهلكها فسكت المدعى عليه ثم تصالحا جاز أيضاً. ثالثها أن يدعي عليه الاستهلاك والآخر يدعي الرد أو الهلاك لا يجوز الصلح وعليه الفتوى كصلحه بعد حلفه. ورابعها إذا ادعى المودع الرد أو الهلاك وصاحب المال ساكت لا يصدقه ولا يكذبه فيه قولان: لا يجوز في قول أبي يوسف، ويجوز في قول محمد؛ كذا في فتاوى قاضيخان. وفي الخلاصة من آخر الدعوى: لو استعار من آخر دابة فهلكت فأنكر رب الدابة الإعارة فصالحه المستعير على مال جاز، فلو أقام المستعير بينة بعد ذلك على العارية وقال إنها هلكت قبلت بينته وبطل الصلح. وفيها من آخر الصلح: إذا أقر الوصي أن عنده ألف درهم للميت وللميت ابنان فصالح أحدهما من حقه على أربعمائة لم يجز، وإن كان استهلكها ثم صالح جاز. وفي مجموع النوازل: امرأة وقعت بينها وبين زوجها مشاجرة فتوسط المتوسطون بينهما للمصالحة فقالت المرأة لا أصالحه حتى يعطيني خمسين درهماً يحل لها ذلك لأن لها عليه حقاً من المهر وغيره والله أعلم.

كتاب المضاربة

هي شركة بمال من جانب وعمل من جانب والمضارب أمين وبالتصرف وكيل وبالربح شريك وبالفساد أجير وبالخلاف غاصب وباشتراط كل الربح له مستقرض

كتاب المضاربة

(هي شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب) فلو شرط كل الربح لأحدهما لا يكون مضاربة. ويجوز التفاوت في الربح وإذا كان المال من اثنين فلا بد من تساويهما فيما فضل من الربح حتى لو شرط لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث فيما فضل فهو بينهما نصفين لاستوائهما في رأس المال. وركنها اللفظ الدال عليها كقوله دفعت إليك هذا المال مضاربة أو مفاوضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أن لك من الربح نصفه أو ثلثه، أو قال ابتع به متاعاً فما كان من فضل فلك كذا، أو خذ ذلك بالنصف بخلاف خذ هذه الألف واشتر بها هروياً بالنصف ولم يزد عليه فليس بمضاربة بل إجارة فاسدة له أجر مثله إن اشترى وليس له البيع إلا بأمر. وشرطها أن يكون رأس المال من الأثمان وهو معلوم ويكفي الإعلام بالإشارة، فإن اختلفا في مقدار رأس المال عند قسمة الربح فالقول للمضارب مع يمينه والبينة لرب المال. وأما المضاربة بدين فإن كان على المضارب فلا يصح وما اشتراه له والدين في ذمته، وإن كان على غيره بأن قال اقبض مالي على فلان ثم اعمل به مضاربة فهو جائز وإن كان مكروهاً لأنه شرط لنفسه منفعة قبل العقد كما في المبسوط. ولو قال اقبض ديني على فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل أن يقبض كله ضمن، ولو قال فاعمل به لا يضمن. وكذا بالواو لأن «ثم» للترتيب فلا يكون مأذوناً بالعمل إلا بعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو فإنه يكفي قبل القبض. ولو قال اقبض ديني لتعمل به مضاربة لا يكون مأذوناً ما لم يقبض الكل. ولو قال اشتر لي عبداً بنسيئة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتراه ثم باعه وعمل فيه جاز. ولو قال رب المال للغاصب أو المستودع أو المبضع اعمل بما في يدك

كتاب المضاربة

قوله: **(بالنقد والنسيئة)** سيأتي قريباً أنه ليس له أن يبيع إلى أجل لا يبيعه التجار قوله: **(واستئجار**

وباشتراطه لرب المال مستبضع وإنما تصح بما تصح به الشركة ويكون الربح بينهما مشاعاً وإن شرط لأحدهما زيادة عشرة فله أجر مثله ولا يجاوز عن المشروط وكل شرط يوجب جهالة الربح يفسده وإلا لا ويبطل الشرط كشرط الوضيعة على المضارب ويدفع

مضاربة بالنصف جاز. الثالث أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب بخلاف الشركة. الرابع أن يكون الربح بينهما شائعاً كالنصف والثلث لا سهماً معيناً يقطع الشركة كمائة درهم أو مع النصف عشرة. الخامس أن يكون نصيب كل منهما معلوماً فكل شرط يؤدي إلى جهالة الربح فهي فاسدة وما لا فلا مثل أن يشترط أن تكون الوضيعة على المضارب أو عليهما فهي صحيحة وهو باطل. السادس أن يكون المشروط للمضارب مشروطاً من الربح حتى لو شرطا له شيئاً من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت. وحكمها أنه أمين بعد دفع المال إليه، ووكيل عند العمل، وشريك عند الربح، وأجير عند الفساد فله أجر مثله والربح كله لرب المال إلا في الوصي إذا أخذ مال الصغير مضاربة وشرط لنفسه عشرة دراهم فإنه لا أجر له إذا عمل؛ كذا في أحكام الصغار. ولا ضمان عليه إذا فسدت بالهلاك بغير صنعه، وغاصب عند الخلاف، ومستقرض عند اشتراط كل الربح له، ومستبضع عند اشتراطه لرب المال فلا ربح له ولا أجر ولا ضمان عليه بالهلاك وإنما تصح بما تصح به الشركة وهي الدراهم والدنانير إلا الفلوس النافقة.

وأما التبر فإن كان في موضع بروج به كالأثمان تجوز به وإلا فلا كالمكيل والموزون. ولو دفع إليه عرضاً وقال بعه وأعمل بثمنه مضاربة جاز، وشرط العمل على رب المال لا يصح سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير والمعتوه، وكذا أحد الشريكين إذا دفع لمال مضاربة بشرط أن يعمل شريكه مع المضارب إن كان المال من شركتهما وإلا فهي جائزة إن كانت شركة عنان، وإن كانت مفاوضة لا تصح مطلقاً. وإذا شرط أن يتصرف في المال مع المضارب فإن كان العاقد ليس أهلاً للمضاربة في ذلك المال تفسد كالمأذون إذا دفع ماله مضاربة وشرط عمله مع المضارب، وإن كان العاقد ممن يجوز أن يأخذ ماله مضاربة لم تفسد كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عملهما معه بجزء من الربح، وإن شرط المأذون عمل مولاه فسدت إن لم يكن عليه دين وإلا صحت كالمكاتب إذا شرط عمل مولاه فإنه يصح مطلقاً (**ويبيع**) المضارب في المضاربة الصحيحة (**بالنقد والنسيئة ويشتري ويوكل ويسافر**) براً وبحراً. ولو دفع إليه في بلدة على الظاهر ويأذن لعبد المضاربة في التجارة ولا يزوج عبداً ولا أمة كالشريك عناناً ومفاوضة بخلاف الأب والوصي يملكان تزويج الأمة (**وله الإبضاع والإيداع**) واستئجار العمال للأعمال واستئجار المنازل لحفظ الأموال واستئجار

المنازل لحفظ الأموال) عبارة الذخيرة من الفصل التاسع: وكذلك يستأجر المضارب البيوت لحفظ الأموال.

المال إلى المضارب ويبيع بنقد ونسيئة ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع ولا يزوج

السفن والدواب، وله أن يرهن ويرتهن لها، وله أن يستأجر أرضاً بيضاء ويشتري ببعض المال طعاماً ليزرعها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً. ولو أخذ نخلاً أو شجراً معاملة على أن ينفق في تلقيحها أو تأبيرها من المال لم يجز عليها، وإن قال له اعمل برأيك ولا يملك الاستدانة فإن رهن شيئاً من المضاربة ضمن، ولو أذنه رب المال في ذلك كان الدين عليهما نصفين، ولو أخر المضارب الثمن جاز على رب المال ولا يضمن بخلاف الوكيل الخاص، ولو حط بعض الثمن إن كان لعيب طعن فيه المشتري وكان ما حط حصته أو أكثر يسيراً جاز، وإن كان لا يتغابن الناس في الزيادة يصح ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان رأس المال ما بقي على المشتري. ويحرم على المضارب وطء جارية المضاربة والدواعي ولو أذن له رب المال في ذلك، ولو تزوج المضارب جارية بتزويج صاحب المال إياه إن لم يكن في المال ربح جاز، وإن كان فيه ربح لا يجوز، ومتى جاز خرجت الجارية عن المضاربة. وليس له أن يشارك إلا أن يقول له اعمل برأيك ولو عقد مضاربة، وكذا ليس له أن يخلط مال المضاربة بماله ولا بمال غيره إلا أن يقول له اعمل برأيك. وليس له أن يعمل ما فيه ضرر ولا ما لا يعمله التجار ولا أن يبيع إلى أجل لا يبيعه التجار، وليس لأحد المضاربين أن يبيع أو يشتري بغير إذن صاحبه. ولو اشترى بيعاً فاسداً مما يملك بالقبض فليس بمخالف وما اشتراه على المضاربة. ولو اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله يكون مخالفاً سواء قيل له اعمل برأيك أو لا. ولو باع بهذه الصفة فهو جائز في قول أبي حنيفة خلافاً لهما كالوكيل بالبيع المطلق، وليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة؛ كذا في الفتاوى الظهيرية. وله أن يحتال وإن كان الثاني أعسر من الأول؛ كذا في فتاوى قاضيخان. فالقرض والاستدانة لا يملكهما إلا بصريح الإذن. ولا يكفي قوله اعمل برأيك وإذا صرح بالاستدانة كانت شركة وجوه، وإذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي، ولو كان المال دراهم فاشترى بغير الأثمان كان لنفسه وبالدنانير للمضاربة لأنهما جنس هنا. ولو كان في يده عرض لها فاشترى شيئاً لها لبيع العرض وينقد الثمن لم يجز حالاً كان الثمن أو مؤجلاً لأنه استدانة، ولا بد أن يشتري متاعاً في يده مثله من جنسه وصفته وقدره. ولا يملك المضارب في الفاسدة شيئاً من ذلك إلا الإيداع؛ كذا في الفوائد التاجية. ولم يتعد عما عينه إن كان التعيين مقيداً من بلد وسلعة ووقت ومعامل كما في الشركة، فإن تعدى صار ضامناً، فإذا اشترى بعده كان له، ولو لم يشتر حتى عاد إلى الوفاق برئ من الضمان وعاد المال مضاربة، ولو عاد إليه في البعض كان مضاربة فيه اعتباراً للجزء بالكل، ولو كان التقييد غير مفيد

قوله: (ولو عاد إليه في البعض) أي إلى الوفاق في بعض المال كان مضاربة فيه أي في ذلك

عبداً ولا أمة ولا يضارب إلا بإذن أو باعمل برأيك ولم يتعد عما عينه من بلد وسلعة ووقت ومعامل كما في الشركة ولم يشتر من يعتق على المالك وعليه إن ظهر ربح وضمن إن فعل فإن لم يظهر ربح صح فإن ظهر عتق حظه ولم يضمن لرب المال وسعى

كسوق من مصر لا يتقيد به إلا إذا صرح بالنهي وكان مفيداً في الجملة كالسوق بخلاف ما إذا لم يكن مفيداً أصلاً كنهيه عن بيع الحال فلا يعتبر.

(وقوله) خذ مضاربة تعمل به في مصر أو لتعمل به أو فاعمل به أو بالنصف بمصر أو في مصر أو على أن تعمل بمصر تقييد فلا يتجاوزه كقوله على أن تشتري به الطعام أو فاشتر به الطعام أو لتشتري به الطعام أو خذه بالنصف مضاربة في الطعام أو على أن تشتري من فلان وتبيع منه بخلاف واعمل به في مصر أو على أن تشتري به من أهل الكوفة أو من الصيارفة وتبيع منهم ليس بتقييد بالنسبة إلى أهل الكوفة فله البيع من غير أهلها ومن غير الصيارفة تقييد بالنسبة إلى المكان والصرف، فليس له أن يخرج من الكوفة ولا أن يعمل في غير الصرف، وليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بقرابة أو يمين، فلو اشتراه كان لنفسه بخلاف الوكيل بالشراء له أن يشتريه إلا إذا قامت قرينة على خلافه كقوله اشتر لي عبداً أبيعه أو أستخدمه أو جارية أطؤها، ولا من يعتق عليه إذا كان في المال ربح وضمن إن فعل. والمراد من الربح هنا أن يكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال، سواء كان في جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن، حتى لو كان المال ألفاً فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فأعتقهما المضارب لا يصح عتقه. وأما بالنسبة إلى استحقاق المضارب فأن يظهر في الجملة ربح حتى لو أعتقهما رب المال في هذه الصورة صح وضمن نصيب المضارب منهما وهو خمسمائة موسراً كان أو معسراً؛ كذا في الفتاوى الظهيرية. وإن لم يظهر ربح بالمعنى المذكور جاز شراؤه لعدم ملكه، فإن ازدادت قيمته عن رأس المال عتق نصيب المضارب ولم يضمن لرب المال وسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال. ولو اشترى الشريك من يعتق على شريكه أو الأب أو الوصي من يعتق على الصغير نفذ على العاقد والمأذون إذا اشترى من يعتق على المولى فإنه يصح ويعتق عليه إن لم يكن مستغرقاً بالدين وإلا لا. فإن كان مع المضارب ألف بالنصف واشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفاً وخمسمائة نفذت دعوة المضارب فيه لظهور الربح فيه وقبله لا لعدم ظهوره إذ قيمة كل لا تزيد على رأس المال ولزمه عقرها لإقراره بوطئها ويكون في مال المضاربة؛ كذا في المحيط بخلاف ما إذا عتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ إعتاقه

البعض. قال في غاية البيان: فإن اشترى ببعضه في غير الكوفة ثم اشترى بما بقي منه في الكوفة فهو مخالف فيما اشترى بغير الكوفة، وما اشترى بالكوفة فهو على المضاربة لأن دليل الخلاف وجد في بعضه دون بعضه؛ كذا في شرح الكافي.

المعتق في قيمة نصيب رب المال معه ألف بالنصف فاشترى به أمة قيمتها ألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعاه فبلغت قيمته ألفاً وخمسمائة سعى لرب المال في ألف وربعه أو أعتقه فإن قبض الألف ضمن المدعي نصف قيمتها.

السابق لأنه إنشاء فيشترط وجود الملك وقته كما لو أعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه، أما الدعوة فإخبار لا يشترط وجوده وقته كما لو أقر بحرية عبد الغير ثم ملكه يعني اشتراه فإنه ينفذ، وإذا نفذت لا ضمان على المضارب في حصة رب المال من الولد، سواء كان موسراً أو معسراً لأن النفوذ بالملك ولا صنع له فيه وعتق من الولد حصة المضارب عند أبي حنيفة فقط، وولاء الولد بين المضارب ورب المال بالحصة، وخير رب المال إن شاء استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين، وإن شاء أعتقه. ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المضارب نصف قيمة الأم لظهور أن الجارية ربح فنفذت دعوة المضارب فيها أيضاً وصارت أم ولد له. ولا فرق بين كونه موسراً أو معسراً لأنه ضمان تملك وهو لا يختلف بهما ولا يتوقف على التعدي لأنه ضمان تمليك بخلاف ضمان الولد فإنه ضمان عتق وهو يعتمد التعدي ولم يوجد، ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت قيمة الأم حتى صارت ألفاً وخمسمائة صارت الجارية أم ولد للمضارب ويضمن لرب المال ألفاً ومائتين وخمسين إن كان موسراً، وإن كان معسراً فلا سعاية عليها لأن أم الولد لا تسعى وما لم يصل إلى رب المال رأس ماله فالولد رقيق ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على أنه نصيبه من الربح. ولو زادت قيمتهما بأن صارت قيمة كل واحد ألفي درهم عتق الولد وصارت أم ولد له ويؤخذ رأس المال منه وهو ألف وما بقي من قيمة الجارية وهو ألف درهم ويضمن له عقر مائة درهم، وإذا استوفى ذلك من المضارب فللمضارب أن يستوفي من ربح الولد مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار، وبقي من الولد مقدار تسعمائة ربح بينهما لكل واحد أربعمائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق، وما أصاب رب المال سعى فيه الولد؛ كذا في البدائع. ولو ادعى رب المال أنه ابنه لا المضارب فهو ابنه والجارية أم ولد له ولا يضمن للمضارب شيئاً من عقر وقيمة والله سبحانه وتعالى أعلم.

قوله: **(ولو زادت قيمتها الخ)** عبارة الزيلعي هنا: ولو زادت قيمتها عتق الولد وصارت الجارية أم ولد له لأن الربح ظهر في كل واحد منهما ويأخذ رأس المال من المضارب لأن ما وجب عليه أيسر المالين لأنه معجل وهو موسر والسعاية مؤجلة والعبد معسر، ويأخذ منه أيضاً ما بقي من نصيبه من الربح ويضمن أيضاً نصف عقرها لأنه لما استوفى رأس المال ظهر أنه ربح لأن عقر مال المضاربة يكون للمضاربة، ويسعى الغلام في نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب اهـ. ورأيت في هامشه ما نصه: قوله «ويضمن الخ» تقدم أنه يحمل على الاستيلاد بالنكاح فكيف يجب العقر؟ كذا بخط الحلبي نقلاً عن قارئ الهداية.

باب المضاربة يضارب

فإن ضارب المضارب بلا إذن لم يضمن ما لم يعمل الثاني فإن دفع بإذن بالثلث وقيل ما رزق الله بيننا نصفان فللمالك النصف وللآخر السدس وللثاني الثلث ولو قيل له ما رزق الله بيننا نصفان فللثاني ثلثه والباقي بين الأوّل والمالك نصفان ولو قيل له ما

باب المضارب يضارب

قوله: **(فإن ضارب المضارب بلا إذن لم يضمن ما لم يعمل الثاني)** يعني ربح أو لا حتى لو ضاع في يده قبل العمل لا ضمان على أحد، وكذا لو غصب من الثاني فالضمان على الغاصب فقط، ولو استهلك الثاني المال أو وهبه كان الضمان عليه دون الأول، وإذا عمل الثاني خير رب المال إن شاء ضمن الأول رأس ماله وإن شاء ضمن الثاني، وإن اختار رب المال أن يأخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك؛ كذا في المبسوط. فإن ضمن الأول صحت المضاربة بينه وبين الثاني وكان الربح على ما شرطا، وإن ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول وصحت بينهما وكان الربح بينهما وطاب للثاني ما ربح دون الأول، وإن كانت إحداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما وللعامل أجر المثل على المضارب الأول ويرجع به الأول على رب المال والوضيعة على رب المال والربح بين الأول ورب المال على الشرط بعد أخذ الثاني أجرته إذا كانت المضاربة الأولى صحيحة وإلا فللمضارب الأول أجر مثله. ولو دفع الثاني مضاربة إلى ثالث وربح الثالث أو وضع، فإن قال الأول للثاني اعمل فيه برأيك فلرب المال أن يضمن أي الثلاثة شاء ويرجع الثالث على الثاني والثاني على الأول والأول لا يرجع على أحد إذا ضمنه رب المال وإلا لا ضمان على الأول وضمن الثاني والثالث؛ كذا في المحيط. قوله: **(فإن دفع بإذن بالثلث وقيل ما رزق الله بيننا نصفان فللمالك النصف وللأول السدس وللثاني الثلث)** يعني ضارب بإذن رب المال وإنما كان له النصف بشرطه فبقي النصف وقد شرط المضارب للثاني الثلث فكان له السدس وطاب الربح للجميع لأن عمل الثاني عمل عن المضارب كالأجير المشترك إذا استأجر آخر بأقل مما استؤجر. ونظير ما في الكتاب لو قال ما كان في ذلك من رزق فهو بيننا نصفان أو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف؛ كذا في الهداية والنهاية قوله: **(ولو قيل ما رزق الله تعالى بيننا نصفان فللثاني ثلثه والباقي بين الأول والمالك نصفان)** أي لو قال رب المال ذلك والمسألة بحالها لأن المشروط ما رزق الله المضارب وهو هنا الثلثان فيقسم بينهما وللثاني الثلث الباقي بالشرط، ونظيره ما ربحت في هذا من شيء أو ما كان لك فيه

باب المضارب يضارب

ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي ولو قيل له ما رزق الله فلي نصفه أو ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني النصف ولا شيء للأوّل ولو شرط للثاني ثلثيه ضمن الأوّل للثاني سدساً وإن شرط للمالك ثلثه ولعبده ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح وتبطل بموت أحدهما وبلحوق المالك مرتداً وينعزل بعزله إن علم وإن علم والمال عروض باعها ثم

من فضل الربح أو ما كسبت فيه من كسب أو ما رزقت فيه من شيء أو ما صار لك فيه من ربح، وكذا لو شرط للمضارب الثاني أكثر من الثلث أو أقل منه فما بقي بعدما يأخذ منه فهو بين رب المال والأول. والفرق بينهما أن في الأول شرط نصف الربح جميعه لأنه أضاف الرزق إلى المال، وفي الثاني أضافه إلى المضارب قوله: **(ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي)** ولا فرق بين هذه الصورة وما قبلها إلا من حيث اشتراط المضارب للثاني فإن في الأولى شرط له الثلث فكان ما بقي بينهما، وفي الثانية شرط له النصف فكان النصف الباقي بينهما قوله: **(ولو قيل ما رزق الله فلي نصفه أو ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني النصف ولا شيء للأول ولو شرط للثاني ثلثيه)** والمسألة بحالها **(ضمن الأول للثاني سدساً)** ظاهر حكماً وتعليلاً.

قوله: **(وإن شرط للمالك ثلثه ولعبده ثلثه على أن يعمل منه ولنفسه ثلثه صح)** أي لعبد المالك على أن يعمل مع المضارب، واشتراط الثلث للعبد اشتراط لمولاه وكان العبد مأذوناً له فتكون حصته من الربح للمولى إن لم يكن على العبد دين وإلا فهو لغرمائه إن شرط عمله وإلا فهو للمولى. وقوله على أن يعمل معه عادي وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون لسيده وإن لم يشترط عمله وقيد برب المال لأن عبد المضارب لو شرط له شيء من الربح ولم يشترط عمله لا يجوز، ويكون ما شرط له لرب المال إن كان على العبد دين وإلا لا يصح سواء شرط عمله أو لا ويكون للمضارب. وقيد بكون العاقد المولى لأن المأذون لو عقدها مع أجنبي وشرط عمل مولاه لا يصح إن لم يكن عليه دين وإلا صح. وشمل قوله العبد ما لو شرط للمكاتب بعض الربح فإنه يصح، وكذا لو كان مكاتب المضارب لكن بشرط أن يشترط عمله فيهما وكان المشروط للمكاتب له لا لمولاه، وإن لم يشترط عمله لا يجوز. وعلى هذا غيره من الأجانب فتصح المضاربة وتكون لرب المال ويبطل الشرط، والولد والمرأة كالأجانب هنا؛ كذا في النهاية. وقيد باشتراط عمل العبد لأن اشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد لها، وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه أو عمل رب المال مع الثاني؛ كذا في المحيط: بخلاف المكاتب إذا دفع ماله مضاربة وشرط عمل مولاه معه لا يفسد مطلقاً، فإن عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت، ولو دفع المكاتب ماله مضاربة إلى مولاه يصح؛ كذا في

لا يتصرف في ثمنها ولو افترقا وفي المال ديون وربح أجبر على اقتضاء الديون وإلا لا يلزمه الاقتضاء ويوكل المالك عليه والسمسار يجبر على التقاضي وما هلك من مال المضاربة فمن الربح فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب وإن قسم الربح

المحيط. وإذا كان الاشتراط للعبد اشتراطاً لمولاه فاشتراط بعض الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال جائز بالأولى ويكون المشروط للمشروط له قضاء دينه؛ كذا في النهاية. ولا يجبر على دفعه لغرمائه ولو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج أو في الرقاب لم يصح ويكون لرب المال، ولو شرط البعض لمن شاء المضارب فإن شاءه المضارب لنفسه أو لرب المال صح الشرط، وإن شاءه لأجنبي لم يصح؛ كذا في المحيط. واشتراط أن يكون للعبد ربح في مقابلة عمله اتفاقي لأنه لو شرط عمل رب المال مع المضارب ولم يذكر له شيء من الربح فإنه صحيح، سواء كان على العبد دين أو لا يكون العبد مضارباً في حق المولى، فإن كان العبد مديوناً فحصته من الربح لغرمائه، وإن لم يكن فحصته لمولاه وكذلك مكاتبه ومن لم تقبل شهادته قوله: **(وتبطل بموت أحدهما)** لكونها وكالة وهي تبطل بالموت قوله: **(وبلحوق المالك مرتداً)** لأنه بمنزلة الموت. وإنما لم يجعل المضارب بمنزلة الوكيل فيما لو دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعد الشراء فإن الوكيل يرجع به على الموكل، ثم لو هلك ما أخذه منه ثانياً لا يرجع به مرة أخرى بخلاف المضارب يرجع به على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يصل الثمن إلى البائع لأن شراء الوكيل يوجب الثمن عليه للبائع وله على الموكل، فإذا رجع على الموكل بعد الشراء صار مقتضياً ما استوجبه ديناً عليه وصار مضموناً عليه بالقبض فيهلك من ضمانه. وأما المضارب إذا رجع على رب المال فما يقبضه يكون أمانة، فإذا هلك كان على رب المال فيرجع مرة بعد أخرى، وفيما إذا اشترى بمال المضاربة عروضاً ثم عزل لا ينعزل وإن علم والوكيل ينعزل وسيأتي الفرق بينهما، وفيما إذا عاد رب المال بعد اللحوق مسلماً فالمضارب على مضاربته بخلاف الوكيل، والفرق أن محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل بخلاف المضارب. قيد بلحوق المالك لأن المالك لو ارتد ولم يلحق فتصرفه موقوف. وأشار إلى أن المضارب لو ارتد فالمضاربة على حالها اتفاقاً حتى لو اشترى وباع وربح أو خسر ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فإن التصرف جائز والربح بينهما على ما شرطا، والعهدة في جميع تصرفه على رب المال في قول أبي حنيفة.

قوله: **(وينعزل بعزله إن علم)** أي ينعزل المضارب بعزل رب المال إن علم به لأنه وكيل، وإن لم يعلم لا. والمراد بالعلم ما يستفاد من خبر رجلين مطلقاً أو واحد عدل إن كان فضولياً وإلا فخبر مميز قوله: **(وإن علم والمال عروض باعها ثم لا يتصرف في ثمنها ولا يملك المالك فسخها في هذه الحالة)** لأن للمضارب حقاً في الربح. قيد بالمضاربة لأن أحد

وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادا الربح ليأخذ المالك رأس ماله وما فضل فهو بينهما وإن نقص لم يضمن وإن قسم الربح وفسخت ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول.

الشريكين إذا فسخ الشركة وما لها أمتعة قالوا يصح فسخه بخلاف المضاربة؛ كذا في فتاوى قاضيخان من الشركة. والمراد من العرض هنا أن يكون خلاف جنس رأس المال والدراهم والدنانير جنسان هنا، فإذا كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير له بيعها بالدراهم استحساناً، وله بيع العروض بعد العزل بالنقد والنسيئة وإن نهاه رب المال عن النسيئة كما لا يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة، وكما لا يملك عزله لا يملك تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه؛ كذا في النهاية. وشمل كلامه العزل الحكمي حتى لو كان له بيع العروض بعد موت رب المال حقيقة أو حكماً، ولا ينعزل في الحكمي إلا بالعلم بخلاف الوكيل حيث ينعزل في الحكمي وإن لم يعلم لأنه حق له بخلاف المضارب قوله: **(ولو افترقا وفي المال ديون وربح أجبر على اقتضاء الديون)** لأنه كالأجير والربح كالأجرة وطلب الدين من تمام تكملة العمل فيجبر عليه قوله: **(وإلا لا يلزمه الاقتضاء)** أي وإن لم يكن في المال ربح لكونه وكيلاً متبرعاً ولا جبر عليه قوله: **(ويوكل المالك عليه)** أي على الاقتضاء لأنه لا يتمكن من المطالبة إلا بتوكيله لكونه غير عاقد والوكيل بالبيع والمستبضع كالمضارب يجبران على التوكيل قوله: **(والسمسار يجبر على التقاضي)** وهو بكسر الأول المتوسط بين البائع والمشتري وجمعه سماسرة يبيع ويشتري للناس بأجر من غير أن يستأجر، ولو استؤجر على البيع والشراء لا يجوز لعدم قدرته عليه. والحيلة في جوازها أن يستأجره يوماً للخدمة فيستعمله في البيع والشراء إلى آخر المدة، ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيئاً لا بأس به وبه جرت العادة. وإنما أجبر على طلب الثمن من المشتري واستيفائه لأنه من جملة عمله قوله: **(وما هلك من مال المضاربة فمن الربح فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب)** لكونه أميناً سواء كان من عمله أو لا قوله: **(وإن قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادا الربح ليأخذ المالك رأس ماله وما فضل فهو بينهما وإن نقص لم يضمن)** لأن قسمة الربح قبل قبض رأس المال موقوفة فإذا قبض رب المال رأس ماله نفذت القسمة، وإن هلك ما أعد لرأس المال كانت القسمة باطلة وتبين أن المقسوم كان رأس المال قوله: **(وإن قسم الربح وفسخت ثم عقداها فهلك المال لم يترادا)** وهذه مفهوم قوله وبقيت المضاربة لأن الأولى قد انتهت بالفسخ وهي الحيلة النافعة للمضارب والله أعلم.

فصل

ولا تفسد المضاربة بدفع المال إلى المالك بضاعة فإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته

فصل

قوله: **(ولا تفسد المضاربة بدفع المال إلى المالك بضاعة)** لأن رب المال معين للمضارب في إقامة العمل والمال في يده على سبيل البضاعة. وأطلق المال فشمل الكل والبعض وبه صرح في الذخيرة والمبسوط. وما وقع في الهداية من التقييد بالبعض فاتفاقي صرح به في النهاية. وأشار بالدفع إلى أن المضارب لا بد أن يسلم المال أولاً حتى لو جعل المال بضاعة قبل أن يتسلمه لا يصح لأن التسليم شرط فيها كما لو شرط عمل رب المال ابتداء. وقيد بدفعه لأن رب المال لو أخذ مال المضاربة بغير أمر المضارب وباع واشترى فإن المضاربة تبطل إن كان رأس المال نقداً، وإن صار عرضاً لا لأنه في الأول عامل لنفسه لا معين فانتقضت، وفي الثاني لا يملك النقض صريحاً فكذا دلالة، فلو باع العروض بنقد ثم اشترى عروضاً كان للمضارب حصته من ربح العروض الأولى لا الثانية لأنه لما باع العروض وصار المال نقداً في يده كان ذلك نقضاً للمضاربة، فشراؤه به بعد ذلك يكون لنفسه، فلو باع العروض بعروض مثلها أو بمكيل أو موزون وربح كان بينهما على ما شرطا لأن رب المال لا يتمكن من نقض المضاربة ما دام المال عروضاً. والحاصل أن كل تصرف صار حقاً للمضارب على وجه لا يملك رب المال منعه فرب المال في ذلك يكون معيناً له، سواء باشره بأمره أو بغير أمره. وكل تصرف يتمكن رب المال أن يمنع المضارب منه فرب المال في ذلك التصرف عامل لنفسه إلا أن يكون بأمر المضارب فحينئذ يكون معيناً له؛ كذا في المبسوط. وتقييده بالبضاعة اتفاقي لأنه لو دفع المال إلى رب المال مضاربة لا تبطل المضاربة الأولى لكن تبطل الثانية لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع، وإذا لم تصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى؛ كذا في الهداية. وبه علم أنها بضاعة وإن سميت مضاربة لأن المراد بالبضاعة هنا الاستعانة لأن الإبضاع الحقيقي لا يتأتى هنا وهو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر ولا ربح للعامل، وفهم من مسألة الكتاب جواز الإبضاع مع الأجنبي بالأولى. وحاصل ما يملكه

فصل

قوله: **(لأنه لما نض)** بالضاد المعجمة قوله: **(على ألف ومائتين)** لعله ومائتين وخمسين تأمل.

وركوبه في مال المضاربة وإن عمل في المصر فنفقته في ماله كالدواء فإن ربح أخذ

المضارب ثلاثة أنواع: نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما كان معتاداً بين التجار، ونوع لا يملكه إلا إذا قال له اعمل برأيك كالمضاربة والشركة والخلط، ونوع لا يملكه إلا بالصريح كالاستدانة والعتق مطلقاً والكتابة والإقراض والهبة والصدقة وقد قدمنا تفاصيلها أول الكتاب.

قوله: **(فإن سافر فطعامه وشراؤه وكسوته وركوبه في مال المضاربة وإن عمل في المصر فنفقته في ماله)** أي إن سافر المضارب. والركوب بفتح الراء ما يركب سواء كان بشراء أو كراء. والفرق أن النفقة تجب جزاء الاحتباس كنفقة القاضي والمرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة. قيد بالمضارب لأن الأجير والوكيل والمستبضع لا نفقة لهم مطلقاً لأن الأجير يستحق البدل لا محال والوكيل والمستبضع متبرعان، وكذا الشريك إذا سافر بمال الشركة لا نفقة له لأنه لم يجر التعارف به؛ ذكره المصنف في الكافي، وصرح في النهاية بوجوبها في مال الشركة. وأطلق المضاربة فانصرفت إلى الصحيحة لأن المضارب في الفاسدة أجير لا نفقة له. ولما كانت العلة في وجوب النفقة حبس نفسه لأجلها علم أن ليس المراد بالسفر السفر الشرعي المقدر بثلاثة أيام بل المراد أن لا يمكنه أن يبيت في منزله، وإن خرج من المصر وأمكنه أن يعود إليه في ليلته فهو كالمصر لا نفقة له. وأطلق المصر فشمل مصره الذي ولد فيه والمصر الذي اتخذه داراً، أما لو نوى الإقامة بمصر ولم يتخذه داراً فله النفقة؛ كذا في شرح المجمع. فلو أخذ مالاً بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له في المال ما دام بالكوفة، فإذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة لأن خروجه لأجل المال. ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة لأن البصرة وطن أصلي له فكان إقامته فيه لأجل الوطن لا لأجل المال، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتي الكوفة لأن خروجه من البصرة لأجل المال، وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة وأنه يبطل بالسفر، فإن عاد إليها وليس له بها وطن فكان إقامته فيها لأجل المال؛ كذا في البدائع والمحيط والفتاوى الظهيرية. وأشار بالطعام وما بعده إلى أنه ينفق على نفسه في السفر ما لا بد منه في عادة التجار بالمعروف فدخل فيه غسل ثيابه وأجرة من يخدمه من الخبز والطبخ وعلف دابة الركوب والحمل ونفقة غلمانه الذين يعملون معه والدهن في موضع يحتاج إليه كالحجاز وأجرة الحمام والحلاق وقص الشارب، وما أسرف فيه ضمنه لانتفاء الإذن، وما فضل من النفقة بعد رجوعه إلى بلده رده إلى مال المضاربة كالحاج عن الغير يرد الفاضل عن المحجوج عنه إن كان حياً وإن كان ميتاً إلى ورثته، والغازي إذا خرج من دار الحرب رد ما معه من النفقة، وكالأمة إذا رجع المولى في تبوئتها ترد ما معها من النفقة على الزوج. وأشار

المالك ما أنفق من رأس المال فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع لا على نفسه ولو قصره أو حمله بما له وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع فيما أنفق وإن صبغه

بنفي وجوب الدواء من مالها مطلقاً إلى أن أجرة الحجام والفصاد لا تجب من مالها لأنها من الدواء كما في المحيط. وإنما لم يجب الدواء لأنه من العوارض كدواء المرأة فإنه لا يجب على الزوج. وأطلق في وجوب النفقة في السفر فشمل ما إذا اتفق له شراء شيء أو لا كما صرح به في الخلاصة، ولما كان المعتبر عادة التجار كان له أكل الفاكهة وإن لم تكن من النفقة وله الخضاب؛ كذا في الخلاصة. وأشار بقوله «فطعامه» إلى أنه يأكل ما كان يعتاده كما هو مصرح به في الخلاصة. وإشار بالنفقة إلى أنه ليس له أن يشتري جارية للوطء ولا للخدمة فإن اشترى كان من ماله خاصاً؛ كذا في الفتاوى الظهيرية. وعلله في المحيط بأن الوطء قد يأتي بدون الجارية والحاجة إلى الخدمة ترتفع بالاستئجار. وقيد بنفقة المضارب لأن نفقة عبيد رب المال ودوابه إذا سافر بهم ليست من مال المضاربة بل على رب المال، فإن أنفق المضارب من مال المضاربة عليهم فهو ضامن لما أنفق تؤخذ مما خصه من الربح إن وفى وإلا يرجع عليه بالزيادة، وإن أنفق بأمر رب المال حسب ذلك من مال رب المال؛ كذا في الذخيرة والفتاوى الظهيرية. وإذا رد شيئاً من مال المضاربة على عبيد رب المال لا يضمن فهو كالمودع؛ كذا في المحيط. وأفاد بذكر الكسوة وجوب الفراش الذي ينام عليه كما صرح به في المحيط. وأشار بقوله في مال المضاربة إلى أنه لا يشترط الانفاق من عينه حتى لو أنفق من مال نفسه أو استدان على المضاربة لنفقته يرجع في مال المضاربة لأن التدبير في الإنفاق إليه كالوصي إذا أنفق على الصغير من مال نفسه، وإن لم يرجع فيه حتى توى مال المضاربة لا يرجع على رب المال لفوات محل النفقة بخلاف ما إذا اشترى شيئاً للمضاربة أو استأجر دابة ليحمل عليها مال المضاربة فضاع المال قبل أن ينقد منه يرجع بذلك على رب المال لأنه عامل لرب المال بخلاف نفقته لأنه عامل لنفسه؛ كذا في المحيط. وأطلق السفر فشمل السفر للتجارة ولطلب الديون فيرجع بما أنفق لطلبه إلا إذا زاد على الدين فلا يرجع بالزيادة كما صرح به في المحيط. وأطلق عمله في المصر فشمل عمله للتجارة ولاقتضاء الديون ولا رجوع له فيما أنفقه في الخصومة لتقاضي الدين كما في المحيط. وأطلق المضارب ليفيد أنه لا فرق بين المضارب ومضاربه إذا كان إذنه في المضاربة وإلا فلا نفقة للثاني كما في المحيط.

قوله: **(فإن ربح أخذ المالك ما أنفق من رأس المال)** أي ما أنفقه المضارب فإذا استوفى رأس ماله وفضل شيء اقتسماه لأن ما أنفقه يجعل كالهالك. وأشار المصنف إلى أن للمضارب أن ينفق على نفسه من مال المضاربة في السفر قبل الربح، وإلى أنه لو لم يظهر ربح لا شيء على المضارب. قيد بالنفقة لأنه لو كان في المال دين غيرها قدم إيفاؤه على رأس المال، ولو أنفق المضارب من ماله ثم هلك مال المضاربة لم يرجع على رب المال بشيء كما قدمناه قوله:

أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن معه ألف بالنصف فاشترى به بزا وباعه بألفين واشترى بهما عبداً فضاعا غرما ألفاً والمالك ألفاً وربع العبد للمضارب وباقيه على المضاربة ورأس المال ألفان وخمسمائة ويرابح على ألفين وإن اشترى من المالك بألف

(فلو باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع) من الحملان وأجرة السمسار والقصار والصباغ ونحوه ويقول قام علي بكذا، والأصل أن ما يوجب زيادة في رأس المال حقيقة أو حكماً يضمه إلى رأس المال، وكذا ما اعتاده التجار كأجرة السمسار؛ كذا في النهاية قوله: **(لا على نفسه)** أي لا يحسب نفقة نفسه إذا باع مرابحة، والفرق أن الأوّل يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها.

قوله: **(ولو قصره أو حمله بماله وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع)** يعني إذا قال له رب المال اعمل برأيك فاشترى بمال المضاربة كله متاعاً ثم قصره أو حمله بماله يكون متطوعاً لا رجوع له على رب المال لأنه استدانه على رب المال وهو لا يجوز، وعلم منه أنه لو زاد على الثمن بأن اشترى بأكثر من رأس المال يكون متطوعاً. قيد بقوله «وقيل له اعمل برأيك» أنه لو أذن له صريحاً بذلك لا يكون تطوعاً، ولو لم يقل اعمل برأيك وسكت يكون متطوعاً بالأولى. وإذا كان متطوعاً يكون له حصة من الربح، فلو اشترى بكل رأس المال وهو ألف ثياباً واستقرض مائة للحمل عليها ثم باعها بألفين قسمت الألف الربح على أحد عشر سهماً فعشرة منها للمضاربة على شرطهما وسهم للمضارب خاصة في مقابلة ما تبرع به من الكراء، ويرابح في هذه الصورة على ألف ومائة عند أبي حنيفة لأنها قامت عليه بذلك، وعندهما على ألف لا غير والثمن كله على المضاربة قوله: **(وإن صبغه أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن)** لأنه عين مال قائم حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب، وإنما لا يضمن لأن رب المال قال له اعمل برأيك فيملك الخلط بخلاف ما إذا لم يقل له اعمل برأيك فإنه لا يكون شريكاً بل يضمن كالغاصب. والقصارة بفتح القاف مصدر من قصر الثوب فعل القصار، وبكسرها حرفته. وخص المصنف الحمرة لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة أما سائر الألوان فمثل الحمرة؛ كذا في النهاية قوله: **(معه ألف بالنصف فاشترى به بزا وباعه بألفين واشترى بهما عبداً فضاعا غرما ألفاً والمالك ألفاً)** أي غرم المضارب ورب المال ألفاً ثم غرم رب المال وحده ألفاً أخرى فيغرم المضارب خمسمائة والمالك ألفاً وخمسمائة البزا الثياب. وقال محمد في السير: البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان أو القطن لا ثياب الصوف والخز؛ كذا في المغرب قوله: **(وربع العبد للمضارب وباقية على المضاربة ورأس المال ألفان وخمسمائة ويرابح على ألفين)** لأنه لما نض المال ظهر الربح وله منه خمسمائة فإذا اشترى بألفين عبداً صار مشترياً ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على

عبداً اشتراه بنصفه رابح بنصفه معه ألف بالنصف فاشترى به عبداً قيمته ألفان فقتل رجلاً خطأً فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة

حسب انقسام الألفين، فإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته، ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة لأنه دفع مرة ألفاً ومرة ألفاً وخمسمائة، ولا يبيعه مرابحة إلا على ألفين لأنه اشتراه بهما، ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما والألف يختص بها المضارب.

قوله: **(وإن اشترى من المالك عبداً بألف اشتراه بنصفه رابح بنصفه)** أي لو اشترى المضارب من رب المال بألف المضاربة عبداً قيمته ألف وقد كان اشتراه رب المال بنصف الألف يبيعه المضارب مرابحة بما اشتراه رب المال، ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على الألف لأن بيعه من المضارب كبيعه من نفسه، وكذا لو اشتراه رب المال بألف وقيمته ألف وباعه من المضارب بخمسمائة ومال المضاربة ألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة قيدنا بكونه لا فضل في قيمة المبيع والثمن على رأس مال المضاربة لأنه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبداً بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين بعد ما عمل المضارب في ألف المضاربة وربح فيها ألفاً فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة وكذا إذا كان في قيمة المبيع فضل دون الثمن بأن كان العبد يساوي ألفاً وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف فباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين وأما إذا كان في الثمن فضل على رأس المال ولا فضل في قيمة المبيع بأن اشترى رب المال عبداً بألف قيمته ألف فباعه من المضارب بألفين فإنه يبيعه مرابحة على ألف فهو كمسألة الكتاب فالحاصل أن هذه المسألة على أربعة أقسام قسمان لا يرابح فيهما إلا على ما اشترى به رب المال وهما إذا كان لا فضل فيهما أو لا فضل في قيمة المبيع فقط وقسمان برابح على ما اشترى به المال وحضنه المضارب وهما إن كان فيهما فضل أو في قيمة المبيع فقط. وهذا إذا كان البائع رب المال وأما إذا كان البائع المضارب فهو على أربعة أقسام أيضاً الأول أن لا يكون فضل فيهما بأن كان رأس المال ألفا فاشترى منها المضارب عبداً بخمسمائة قيمته ألف وباعه من رب المال بألف فإن رب المال يرابح على ما اشترى به المضارب الثاني أن يكون الفضل في قيمة المبيع دون الثمن فإنه كالأول الثالث أن يكون فيهما فضل فإنه يرابح على ما اشترى به المضارب وحصة المضارب الرابع أن يكون الفضل في الثمن فقط وهو كالثالث؛ كذا في المحيط مختصراً، وقال الشارح الزيلعي: ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبداً بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة، ولا شك أن هذه الصورة هو القسم الأوّل في كلام المحيط فليس كلامه هنا مخالفاً

أيام والمضارب يوماً معه ألف فاشترى به عبداً وهلك الثمن قبل النقد دفع المالك ألفاً آخر ثم وثم ورأس المال جميع ما دفع معه ألفان فقال دفعت إليّ ألفاً وقال المالك دفعت

لما ذكره هو بنفسه في باب المرابحة أنه يضم حصة المضارب، وقد اشتبهت هذه المسألة على كثير حتى زعموا أنه وقع منه تناقض وليس كذلك بل ما ذكره هنا هو الوجه الأوّل في كلام المحيط وهو أنه لا فضل في الثمن وقيمة المبيع على رأس المال، وما ذكره في باب المرابحة هو القسم الثالث أو الرابع في كلام المحيط كما لا يخفى. ولهذا صوروا المسألة هناك بأن معه عشرة بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر قالوا يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف، ولو ملكه رب المال بغير شيء فباعه من المضارب لا يبيعه مرابحة حتى يبين أنه اشتراه من رب المال؛ كذا في المحيط.

قوله: **(معه ألف بالنصف فاشترى به عبداً قيمته ألفان فقتل رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوماً)** لأن الفداء مؤنة الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً لأنه لما صار المال عيناً واحداً ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال، فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة لأن نصيب المضارب صار مضموناً عليه ونصيب رب المال صار له بقضاء القاضي بالفداء عليهما، وإذا خرج عنها بالدفع أو بالفداء يخدمهما على قدر ملكهما. قيد بقوله قيمته ألفان لأنه لو كان قيمته ألفاً فتدبير الجناية إلى رب المال لأن الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها، فإن اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء مع ذلك فله ذلك لأنه يستبقي بالفداء مال المضاربة وله ذلك لأن الربح يتوهم؛ كذا في الإيضاح. ثم اعلم أن العبد المشتري في المضاربة إذا جنى خطأ لا يدفع بها حتى يحضر المضارب ورب المال سواء كان الأرش مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر، وكذا إذا كانت قيمته ألفاً لا غير لا يدفع إلا بحضرتهما لأن المضارب له فيه حق ملك حتى ليس لرب المال أن يأخذه ويمنعه عن بيعه كالمرهون إذا جنى خطأ لا يدفع إلا بحضرة الراهن والمرتهن. والحاصل أنه يشترط حضرة رب المال والمضارب للدفع دون الفداء إلا إذا أبى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب المال دفعه لتعنته، فإن كان أحدهما غائباً وقيمة العبد ألفا درهم ففداه الحاضر كان متطوعاً لأنه أدى دين غيره بغير أمره وهو غير مضطر فيه، فإنه لو أقام البينة على الشركة لا يطالب بحصة صاحبه لا بالدفع ولا بالفداء؛ كذا في النهاية. وذكر قاضيخان أن المضارب ليس له الدفع والفداء وحده لأنه ليس من أحكام المضاربة فلهذا كان إليها قوله: **(معه ألف فاشترى به عبداً وهلك الثمن قبل النقد دفع المالك ألفاً آخر ثم وثم ورأس المال جميع ما دفع)** لأن المال أمانة في يده والاستيفاء إنما يكون

قوله: **(وقد اشتبهت هذه المسألة على كثير)** من ذلك الكثير المؤلف نفسه حتى وفق بين كلاميه في باب المرابحة بغير ما هنا.

ألفين فالقول للمضارب معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفاً وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك.

بقبض مضمون وحكم الأمانة تنافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الأمرة لأنه أمكن جعله مستوفياً لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكل ببيع المغصوب، ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك بعده لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفياً فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء.

قوله: (**معه ألفان فقال دفعت إلي ألفاً وربحت ألفاً وقال المالك دفعت ألفين فالقول للمضارب**) لأنهما اختلفا في المقبوض والقول في مقداره للقابض ولو ضميناً اعتباراً بما لو أنكره أصلاً فإن القول له، ولو كان الاختلاف مع ذلك في قدر الربح فالقول لرب المال في مقدار الربح فقط، وأيهما أقام البينة تقبل بينته، وإن أقاما فتقبل بينة رب المال في دعواه الزيادة في رأس المال والمضارب في دعواه والزيادة في الربح. قيد الاختلاف بكونه في المقدار لأن الاختلاف إذا وقع في صفة المقبوض فالقول قول رب المال كما سيأتي قوله: (**معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفاً وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك**) لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر، والتقييد بالمضاربة والبضاعة ليس احترازاً مطلقاً بل لو قال المضارب هي قرض وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لأن المضارب يدعي عليه التمليك وهو ينكر، بل احتراز عما لو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة كان القول للمضارب لأن رب المال يدعي عليه ضماناً وهو ينكر وأيهما أقامها قبلت، وإن أقاماها فبينة رب المال أولى. قيد الاختلاف بكونه في الصفة لأنه لو كان في النوع بأن ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب مع يمينه لأن الأصل فيه العموم والإطلاق والتخصيص يعارض. وتقبل بينة من أقامها فإن أقاماها فإن وقتا وقتاً قبل صاحبها يقضى بالمتأخرة، وإن لم يوقتا وقتاً على السواء أو وقتت أحدهما دون الأخرى قضى ببينة رب المال؛ كذا في الذخيرة. ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على التخصيص والإذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة، ولو وقتت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول؛ كذا في الهداية. وإن كان رب المال يدعي العموم فالقول قوله قياساً واستحساناً؛ كذا في الذخيرة والله تعالى أعلم.

كتاب الوديعة

الإيداع تسليط الغير على حفظ ماله والوديعة ما تترك عند الأمين وهي أمانة فلا

كتاب الوديعة

لا خفاء في اشتراكها مع ما قبلها في الحكم وهو الأمانة. وهي في اللغة مشتقة من الودع وهو الترك، وفي الشريعة ما ذكره المصنف قوله: **(الإيداع هو تسليط الغير على حفظ ماله)** يعني صريحاً أو دلالة. وإنما قلنا أو دلالة لأن المنقول في المحيط أنه لو انفتق زق رجل فأخذه رجل ثم تركه ولم يكن المالك حاضراً يضمن لأنه لما أخذه فقد التزم حفظه دلالة وإن لم يأخذه ولم يدق منه لا يضمن، وإن كان المالك حاضراً لم يضمن في الوجهين قوله: **(والوديعة ما تترك عند الأمين)** وركنها الإيجاب قولاً صريحاً أو كناية أو فعلاً والقبول من المودع صريحاً أو دلالة في حق وجوب الحفظ. وإنما قلنا صريحاً أو كناية ليشمل ما لو قال الرجل أعطني ألف درهم أو قال لرجل في يده ثوب أعطنيه فقال أعطيتك فهذا على الوديعة؛ نص عليه في المحيط. لأن الإعطاء يحتمل الهبة والوديعة أدنى وهو متيقن فصار كناية. وإنما قلنا في الإيجاب أو فعلاً ليشمل ما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيئاً فهو إيداع. وإنما قلنا في القبول أو دلالة ليشمل سكوته عند وضعه بين يديه فإنه قبول دلالة حتى لو قال لا أقبل لا يكون مودعاً لأن الدلالة لم توجد ولهذا قال في الخلاصة: لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع وإن قاموا واحداً بعد واحد ضمن الأخير لأنه تعين للحفظ فتعين للضمان اهـ. ولهذا إذا وضع ثيابه في الحمام بمرأى من الثيابي كان إيداعاً وإن لم يتكلم، ولا يكون الحمامي مودعاً ما دام الثيابي حاضراً فإن كان غائباً فالحمامي مودع، وكذلك إذا قال لصاحب الخان أين أربطها فقال هناك كان إيداعاً؛ كذا في فتاوى قاضيخان.

كتاب الوديعة

قوله: **(ولم يدن منه)** قال الرملي في أصله ولم يذق منه فتأمل قوله: **(وخير مولى العبد بين دفعه أو فدائه)** قال الرملي: صورة المسألة أن العبد هو المقتول فكيف يتأتى قوله «وخير المولى الخ»؟ ولعل

تضمن بالهلاك وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله وإن حفظها بغيرهم ضمن إلا أن

وقال في الخلاصة في الإجارات في الجنس الرابع في الحمامي لبس ثوباً بمرأى عين الثيابي فظن الثيابي أنه ثوبه فإذا هو ثوب الغير ضمن هو الأصح، وإنما قلنا في حق وجوب الحفظ لأنها تتم بالإيجاب وحده في حق الأمانة حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان وإن لم يقبل؛ كذا في الاختيار. وشرطها كون المال قابلاً لإثبات اليد عليه حتى لو أودع الآبق أو الطير الذي في الهواء والمال الساقط في البحر لا يصح وكون المودع مكلفاً شرط لوجوب الحفظ عليه حتى لو أودع صبياً فاستهلكها لم يضمن، ولو كان عبداً محجوراً ضمن بعد العتق؛ كذا في المحيط. ولو كانت الوديعة عبداً فقتله ضمن عاقلة الصبي قيمته وخير مولى العبد بين دفعه أو فدائه. وحكمها كون المال أمانة عنده مع وجوب الحفظ عليه والأداء عند الطلب واستحباب قبولها قوله: **(وهي أمانة فلا تضمن بالهلاك)** سواء أمكن التحرز عنه أو لا، هلك معها للمودع شيء أو لا. والفرق بين الوديعة والأمانة من وجهين: أحدهما أن الوديعة خاصة بما ذكرناه والأمانة خاصة بما لو وقع في يده شيء من غير قصده بأن هبت الريح بثوب إنسان وألقته في حجر غيره. وحكمهما مختلف في بعض الصور لأن في الوديعة يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق، وفي الأمانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف. الثاني أن الأمانة علم لما هو غير مضمون فيشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصى بخدمته في يد الموصى له بها، والوديعة ما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين. واختاره صاحب الهداية والنهاية ونقل الأول عن الإمام بدر الدين الكردري، وعلم من كلامه أن اشتراط الضمان على الأمين باطل ولهذا لو شرط على الحمامي الضمان إن ضاعت ثيابه كان باطلاً ولا ضمان عليه وهو اختيار الفقيه أبي الليث. قال في الخلاصة: وبه يفتى.

قوله: **(وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله)** لأنه يحفظها بما يحفظ به ماله. والمراد بالعيال من يسكن معه حقيقة أو حكماً لا من يمونه فدخل فيهم الزوجة فإن لها أن تدفعها إلى زوجها، وخرج الأخير الذي لا يسكن معه. وإنما قلنا أو حكماً لأنه لو دفعها إلى ولده الصغير وزوجته وهما في محلة والزوج يسكن في محلة أخرى لا يضمن. ولو كان لا يجيء إليهما ولا ينفق عليهما لكن يشترط في الصغير أن يكون قادراً على الحفظ؛ كذا في الخلاصة. ويشترط أن يكون من في عياله أميناً لأنه لو دفع إلى زوجته وهي غير أمينة وهو عالم بذلك أو تركها في بيته الذي فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن، كذا في الخلاصة

هنا كلاماً سقط من الكتبة فتأمل. وقد تقدم أن العبد المحجور يضمن بعد العتق ولعل التخيير في صورة ما لو أذن له بالاستيداع فأتلف الوديعة أو يكون المعنى وخير مولى العبد لو كان المودع عبداً فقتل العبد الوديعة إذ ضمانه في الجناية على النفس وتوابعها يكون حالاً مطلقاً.

يخاف الحرق أو الغرق فيسلمها إلى جاره أو فلك آخر وإن طلبها ربها فحبسها قادراً على

والنهاية. وظاهر المتون أن كون الغير في عياله شرط واختاره في الخلاصة وقال: والأبوان كالأجنبي حتى يشترط كونهما في عياله. واختار صاحب النهاية تبعاً لغيره عدم الاشتراط وقال: وعليه الفتوى حتى جوز الدفع إلى وكيله أو أمين من أمنائه وليس في عياله أو شريكه مفاوضة أو عياناً. وفي الخلاصة: لمن في عياله أن يدفع إلى من في عياله ولو نهاه عن الدفع إلى بعض من في عياله فدفع إن لم يجد بداً من الدفع لا يضمن وإلا ضمن. ولو قاله له احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت أخر من تلك الدار لا يضمن إلا إذا كان ظهر البيت المنهي عنه إلى السكة فحينئذ يضمن كما لو قال له احفظها في هذه الدار فحفظها في دار أخرى فإنه يضمن إلا إذا كانت الدار الأخرى مثل الدار الأولى أو أحرز منها فإنه لا يضمن وسيأتي تمامه قوله: **(وإن حفظها بغيرهم ضمن)** أي إن حفظها بغير من في عياله ضمن فأفاد أن المودع لا يودع، فإن أودع فهلكت عند الثاني إن لم يفارق الأول لا ضمان على واحد منهما، وإن فارقه ضمن الأول عند أبي حنيفة ولا يضمن الثاني. وإن أودع بلا إذن ثم أجاز المالك خرج الأول من البين؛ كذا في الخلاصة. والرد إلى عيال المالك كالرد إلى المالك فلا يكون إيداعاً بخلاف الغاصب إذا رد إلى من في عيال المالك فإنه لا يبرأ؛ كذا في فتاوى قاضيخان. وفي الخلاصة: المودع إذا رد الوديعة إلى منزل المودع أو إلى أحد ممن في عياله فضاعت لا يضمن كما في العارية. وفي رواية القدوري: يضمن بخلاف العارية والفتوى على الأول، وهذا إذا دفع إلى المرأة للحفظ أما إذا أخذت لتنفق على نفسها وهو دفع يضمن ا هـ. والوضع في حرز غيره من غير استئجار له إيداع حتى يضمن به. وفي الخلاصة: مودع غاب عن بيته ودفع مفتاح البيت إلى غيره فلما رجع إلى بيته لم يجد الوديعة لا يضمن، وبدفع المفتاح إلى غيره لم يجعل البيت في يد غيره. ولو أجر بيتاً من داره ودفعها إلى المستأجر إن كان لكل واحد منهما غلق على حدة يضمن، وإن لم يكن وكل منهما يدخل على صاحبه من غير حشمة لا يضمن. ولو استأجر رجلاً ليحمل له شيئاً له حمل ومؤنة إلى بغداد ليوصله إلى رجل فوجد الرجل غائباً فترك الأجير المحمول على يد رجل ليوصلها إلى ذلك الرجل ينبغي أن لا يضمن، فلو وجد الرجل لكنه لم يقبل يدفع إلى القاضي ولو طلب منه القاضي وهو لم يدفع لم يجبر ا هـ. وفي فتاوى قاضيخان: عشرة أشياء إذا ملكها إنسان ليس له أن يملك غيره لا قبل القبض ولا بعده: المرتهن لا يملك أن يرهن، والمودع لا يملك الإيداع، والوكيل بالبيع لا يملك أن يوكل غيره، ومستأجر الدابة أو الثوب لا يؤجر غيره، والمستعير

قوله: **(حتى يضمن به)** قال الرملي: إذ ليس للمودع أن يودع قوله: **(وفي فتاوى قاضيخان عشرة أشياء الخ)** قال الرملي: العاشر المساقي لا يساقي غيره بغير إذن كما في السراجية وشرح الوهبانية.

تسليمها فمنعها أو خلطها بماله بغير الإذن حتى لا تتميز ضمنها وإن اختلط بلا فعله

لا يعير غيره ما يختلف بالمستعمل، والمزارع لا يدفع الأرض مزارعة إلى غيره، والمضارب لا يضارب، والمستبضع لا يملك الإبضاع، والمستبضع لا يملك الإيداع، ولم يذكر العاشر. وفي الخلاصة: والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن وإن فعل شيئاً منها ضمن، والمستأجر يؤجر ويعار ويودع، ولم يذكر حكم الرهن وينبغي أن يرهن. وفي التجريد: وليس للمرتهن أن يتصرف بشيء في الرهن غير الإمساك لا يبيع ولا يؤجر ولا يعير ولا يلبس ولا يستخدم فإن فعل كان متعدياً ولا يبطل الرهن قوله: **(إلا أن يخاف الحرق أو الغرق فيسلمها إلى جاره أو فلك آخر)** لأن هذا تعين حفظاً فلا يضمن به ولهذا قال في الخلاصة: امرأة حضرتها الوفاة وعندها وديعة فدفعتها إلى جارة لها فهلكت عندها إن لم يكن وقت وفاتها بحضرتها أحد من عيالها لا تضمن ا هـ. لأنه تعين طريقاً للحفظ ولهذا قالوا أيضاً: لو أمكنه أن يحفظها في وقت الحرق والغرق بعياله فدفعها لأجنبي ضمن. وفي قوله «وسلمها إلى فلك آخر» إشارة إلى أنه لو ألقاها في سفينة أخرى وهلكت قبل أن تستقر فيها بأن وقعت في البحر ابتداء أو بالتدرج يضمن لأن الإتلاف حصل بفعله. وأشار بقوله «إلا أن يخاف الحرق» إلى أن الحريق لا بد أن يكون غالباً محيطاً بمنزل المودع، وأما إذا لم يكن محيطاً يضمن بالدفع إلى الأجنبي؛ كذا في الخلاصة. لأنه لا يخاف عليها في هذه الصورة. وفي الهداية: ولا يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع ا هـ. وفي الخلاصة: إذا علم أنه وقع الحريق في بيته قبل قوله وإلا فلا ا هـ. وفي الفوائد التاجية: فلو أودعها وهلكت فقال المالك هلكت عند الثاني وقال بل رده إلي وهلكت عندي لا يصدق لأن إيداع الغير موجب للضمان بخلاف ما لو غصب من المودع وهلكت فأراد المالك أن يضمن الغاصب فقال المودع قد رده إلي فهلكت عندي وقال لا بل هلكت عنده فالقول قول المودع لأنه أمين ا هـ.

قوله: **(وإن طلبها ربها فحبسها قادراً على تسليمها فمنعها)** يعني لو منع صاحب الوديعة بعد طلبه وهو قادر على تسليمها يكون ضامناً لأنه ظالم بالمنع حتى لو لم يكن ظالماً بالمنع لا يضمن ولهذا قال قاضيخان في فتاواه: لو كانت الوديعة سيفاً فأراد صاحبه أن يأخذه

قوله: **(ولم يذكر حكم الرهن وينبغي أن يرهن)** هذا من عبارة الخلاصة. وفي نور العين يقول الحقير: فيه نظر لأنه قد مر آنفاً في مختارات النوازل لصاحب الهداية أن المستأجر لا يرهن اللهم إلا أن يكون في المسألة روايتان أو سقطت كلمة «لا» من عبارة «أن يرهن» في الخلاصة سهواً من قلم الناسخ لا يقال لعل مراد صاحب الخلاصة من قوله ينبغي أن يرهن هو الراهن لا المستأجر لأنا نقول: لا مجال لذلك الاحتمال لأنه ذكر في الخلاصة أيضاً في كتاب الرهن أن الراهن لا يرهن

قوله: **(وفي الخلاصة إذا علم أنه وقع الحريق في بيته قبل قوله الخ)** قال في المنح: ويمكن حمل كلام

....

من المودع ليضرب به رجلاً ظلماً فإنه لا يدفعه إليه لما فيه من الإعانة على الظلم، ولو أودعت كتاباً فيه إقرار منها للزوج بمال أو بقبض مهرها من الزوج فللمودع أن لا يدفع الكتاب إليها لما فيه من ذهاب حق الزوج ا هـ. ومن المنع ظلماً موته مجهلاً ولهذا قال قاضيخان: الأمانات تنقلب مضمونة عن تجهيل إلا في ثلاث: أحدها متولي المسجد إذا أخذ من غلات المسجد ومات من غير بيان لا يكون ضامناً. والثانية السلطان إذا خرج إلى الغزو وغنموا وأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه. والثالثة القاضي إذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه، ولو أن قاضياً قبل مال اليتيم ووضعه في بيته ثم مات القاضي ولم يبين ذكر هشام عن محمد أنه يضمن ا هـ. وذكر الولوالجي في فتاواه أن الأمانات تنقلب مضمونة بالتجهيل إلا في ثلاثة ولم يذكر مسألة القاضي وذكر بدلها ما ذكره محمد في كتاب الشركة أحد المتفاوضين إذا مات ولم يبين حال المال الذي في يده لم يضمن نصيب شريكه ا هـ. فتحصل أن المسائل المستثناة أربعة. وقيد في الخلاصة ضمان المودع بموته مجهلاً بأن لا يعرفها الوارث، أما إذا عرفها والمودع يعلم أنه يعرف فمات ولم يبين لم يضمن. ولو قال الوارث أنا علمتها وأنكر الطالب إن فسر الوديعة وقال الوديعة كذا وأنا علمتها وقد هلكت صدق هذا، وما لو كانت الدراهم عنده فقال هلكت سواء إلا في خصلة وهي أن الوارث إذا دل السارق على الوديعة لا يضمن والمودع إذا دل ضمن. وقيد بقوله «قادراً» على تسليمها لأنه لو منعها للعجز عن التسليم لا يضمن فلو طلبها منه فقال لا يمكنني أن أحضرها الساعة فتركها وذهب إن ترك عن رضا وذهب لا يضمن لأنه لما ذهب فقد أنشأ الوديعة، وإن كان عن غير رضا يضمن؛ كذا في الخلاصة. وينبغي أن يكون محل هذا التفصيل ما إذا كان المودع يمكنه وكان كاذباً في قوله، أما إذا كان صادقاً فلا يضمن مطلقاً لما قلنا. ولو كان الذي طلبها وكيلاً يضمن لأنه ليس له

الهداية على ما إذا لم يعلم بوقوع الحريق في بيته، وبه يحصل التوفيق ومن ثم عولنا عليه في المختصر اهـ.

قوله: **(وينبغي أن يكون محل هذا التفصيل الخ)** فيه نظر لما في التجنيس أنه لو طلبها بوكيله أو رسوله فحبسها لا يضمن فتأمل، وانظر إلى ما ذكره بعيده من قوله «من جاءك وبين علامة كذا الخ» كذا رأيت بخط بعضهم وفيه نظر، إذ فرع التجنيس وفرع من جاءك بعلامة كذا يحتج بأنه إنما منعه ليوصلها إلى الأصيل بنفسه لتكذيبه إياه. وفرع الخلاصة فيه المنع للعجز عن التسليم والترك والذهاب عن رضا إلى وقت آخر وفيه إنشاء إيداع بخلاف الأول حتى لو كذبه في الفرع الذي تفقه فيه مع ذلك والمسألة بحالها لا يضمن فتأمل؛ كذا في حاشية الرملي. قوله: **(ولو كان الذي طلبها وكيل يضمن)** قال الرملي قال في الخلاصة: المالك إذا طلب الوديعة فقال المودع لا يمكنني أن أحضرها

. . . .

إنشاء الوديعة بخلاف المالك، ولو قال له بعد طلبه اطلبها غداً ثم ادعى ضياعها، فإن قال ضاعت بعد الإقرار لا ضمان وإلا ضمن، ولو قال له احملها إلى اليوم فمضى ولم يحملها لا يضمن لأن مؤنة الرد على المالك، ولو منعها من رسول المالك وقال لا أدفعها إلا إلى الذي جاء بها لا يضمن على ظاهر الرواية كمنعه بعد قوله من جاءك وبين علامة كذا فادفعها إليه فبين رجل تلك العلامة ولم يدفع إليه حتى هلكت لا يضمن ومنعه منه وديعة عبده لا يكون ظلماً لأن المولى ليس له قبض وديعة عبده مأذوناً كان أو محجوراً ما لم يحضر ويظهر أنه من كسبه لاحتمال أنه مال الغير وديعة فإذا ظهر أنه للعبد بالبينة فحينئذ يأخذ؛ كذا في الخلاصة.

قوله: **(أو خلطها بماله بغير الإذن حتى لا تتمير ضمنها)** لأنه صار مستهلكاً لها وإذا ضمنها ملكها ولا تباح له قبل أداء الضمان ولا سبيل للمالك عليها عند أبي حنيفة، ولو أبرأه سقط حقه من العين والدين. أطلق المصنف فشمل خلط الجنس بجنسه أو بغير جنسه كخلط الزيت بالشيرج، والحنطة بالشعير وبالحنطة، والفضة بالفضة بعد الإذابة. قيد بكون المودع هو الخالط لأن الخالط لو كان أجنبياً أو من في عياله لا يضمن المودع والضمان على الخالط

الساعة فتركها وذهب؛ إن تركها عن رضا فهلكت لا يضمن لأنه لما ذهب فقد أنشأ الوديعة، وإن كان عن غير رضا يضمن، ولو كان الذي طلب الوديعة وكيل المالك يضمن لأنه ليس له إنشاء الوديعة بخلاف المالك اهـ. وهذا صريح في أنه يضمن بعدم الدفع إلى وكيل المالك كما لا يخفى. وفي العمادية معزياً إلى الظهيرية: ورسول المودع إذا طلب الوديعة فقال لا أدفع إلا للذي جاء بها ولم يدفع إلى الرسول حتى هلكت ضمن. وذكر في فتاوى قاضي ظهير هذه المسألة، وأجاب نجم الدين أنه يضمن وفيه نظر بدليل أن المودع إذا صدق من ادعى أنه وكيل بقبض الوديعة فإنه قال في الوكالة: لا يؤمر بدفع الوديعة إليه ولكن لقائل أن يفرق بين الوكيل والرسول لأن الرسول ينطق على لسان المرسل ولا كذلك الوكيل، ألا ترى أنه لو عزل الوكيل قبل علم الوكيل بالعزل لا يصح، ولو رجع عن الرسالة قبل علم الرسول بالرجوع صح؛ كذا في فتاواه اهـ. أقول: ظاهر ما نقله في الفصول العمادية معزياً إلى قاضي ظهير أنه لا يضمن في مسألة الوكيل كما هو منقول عن التجنيس فهو مخالف لما في الخلاصة كما هو ظاهره، ويتراءى لي التوفيق بين القولين بأن يحمل ما في الخلاصة على ما إذا قصد الوكيل إنشاء الوديعة عند المودع بعد منعه ليدفع له في وقت آخر، وما في فتاوى قاضي ظهير والتجنيس على ما إذا منع ليؤدي إلى المودع بنفسه ولذلك قال في جوابه: إلا للذي جاء بها. وفي الخلاصة ما هو صريح في أن الوكيل تركها وذهب عن رضا بعد قول المودع لا يمكنني أن أحضرها الساعة أي وأدفعها لك في غير هذه الساعة فإذا فارقه فقد أنشأ الإيداع وليس له ذلك بخلاف قوله لا أدفعها إلا للذي جاء بها فإنه استبقاء للإيداع الأول لا إنشاء إيداع فتأمل. ولم أر من تعرض لهذا التوفيق والله تعالى هو الموفق اهـ. قوله: **(فإن قال ضاعت بعد الإقرار)** أي الإقرار ضمناً في قوله أطلبها غداً وقوله «بعد الإقرار» ظرف لـ«ضاعت» لا لـ«قال» وفي جامع الفصولين: طلبها

اشتركا ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي ضمن الكل وإن تعدى فيها ثم أزال

صغيراً كان أو كبيراً، ولا يضمن أبوه لأجله؛ كذا في الخلاصة. وقيد بكونها لا تتميز لأنه لو كان يمكن الوصول إليه على وجه التيسير كخلط الجوز باللوز والدراهم السود بالبيض فإنه لا ينقطع حق المالك إجماعاً، واستفيد منه أن المراد بعدم التميز عدمه على وجه التيسير لا عدم إمكانه مطلقاً كما لا يخفى، وإن خلطها بإذنه كان شريكاً له قوله: **(وإن اختلط بغير فعله اشتركا)** يعني وكانت شركة ملك ولا ضمان عليه لعدم الصنع منه فإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما كالمال المشترك قوله: **(ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي ضمن الكل)** أي البعض بالإنفاق والبعض بالخلط لأنه متعد بالإنفاق منها ورد مثله باقٍ على ملكه وقد خلطه بما بقي من الوديعة فضمن الجميع. والمراد بالخلط هنا خلط لا تتميز معه، أما لو جعل عل ماله علامة حين خلطه بها بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا ما أنفق؛ كذا في الخلاصة. وقيد بالإنفاق ورد المثل لأنه إذا أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته فرده إلى موضعه ثم ضاعت الوديعة فلا ضمان عليه لوجهين: الأول أن رفعه حفظ فلا يضمن به ولا بمجرد النية. الثاني أنه وإن صار ضامناً بالرفع فقد عاد إلى الوفاق برد العين إلى مكانها فبرئ عن الضمان بخلاف ما إذا رد مثله لأنه إنما جاء بملك نفسه فلا يكون عوداً إلى الوفاق وهو أولى من الأول، فإنهم قالوا بأنه لو باعها وضمن قيمتها نفذ البيع من جهته واستند ملكه بالضمان إلى وقت وجوب الضمان فلو لم يكن الرفع للبيع موجباً للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه إلى تلك الحالة؛ كذا في النهاية. وقيد بقوله «فرد مثلها» لأنه لو لم يرد كان ضامناً لما أنفق خاصة لأنه حافظ للباقي ولم يتعيب لأنه مما لا يضره التبعيض لأن الكلام فيما إذا كانت الوديعة دراهم أو دنانير أو أشياء من المكيل والموزون فهو كما لو أودعه وديعتين فأنفق إحداهما لا يكون ضامناً للأخرى؛ كذا في النهاية قوله: **(وإن تعدى فيها ثم أزال التعدي زال الضمان)** أي تعدى في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده برئ عن الضمان لأنه مأمور بالحفظ في كل الأوقات، فإذا خالف في البعض ثم رجع أتى بالمأمور به كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي استحق

ربما فقال أطلبها غداً فقال في الغد تلفت قبل قولي أطلبها غداً ضمن لتناقضه لا بعده اهـ. والمسألة في الخانية أيضاً.

قوله: **(وقيدنا بكونه نقلها الخ)** (فش): جحدها فلو نقلها من مكان كانت فيه حال الجحود ضمن وإلا فلا، فلو قلنا بوجوب الضمان في الوجهين فله وجه. خلاصة: لو جحدها إنما يضمن إذا نقلها عن موضعها التي كانت فيه حال الجحود وهلكت، وإن لم ينقلها وهلكت لا يضمن. وفي

التعدي زال الضمان بخلاف المستعير والمستأجر وإقراره بعد جحوده وله أن يسافر بها

الأجرة بقدره، وقد قدمنا في باب الجنايات على الإحرام عن الظهيرية أنه يزول الضمان عنه بشرط أنه لا يعزم على العود إلى التعدي حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلاً ومن عزمه أن يلبسه نهاراً ثم سرق ليلاً لا يبرأ عن الضمان فراجعه.

قوله: **(بخلاف المستعير والمستأجر)** إذا تعديا ثم أزالاه لا يزول الضمان لأن البراءة عنه إنما تكون بالإعادة إلى يد المالك حقيقة أو تقديراً ويدهما لهما لأنهما عاملان لأنفسهما بخلاف المودع فإن يده كيد المالك. ويستثنى من إطلاق المصنف تبعاً لغيره من استعار شيئاً ليرهنه فتعدى فيه كما إذا استعار عبداً ليرهنه أو دابة فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال بمثل قيمتهما ثم قضى المال ولم يقبضهما حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لأنه قد برئ عن الضمان حين رهنهما، فإن كان أميناً خالف فقد عاد إلى الوفاق. وإنما كان مستعير الرهن كالمودع لأن تسليمه إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضياً فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكماً فلهذا برئ من الضمان؛ كذا في المبسوط من باب الإعارة في الرهن قوله: **(وإقراره بعد جحوده)** يعني أن المودع إذا جحد الوديعة بأن قال لم يودعني عند مالكها بعد طلب ردها ونقلها من مكانها وقت الإنكار وكانت منقولاً ولم يكن هناك من يخاف منه عليها ولم يحضرها بعد الجحود لمالكها ثم أقر بها لا يزول الضمان لأن الجحود رفع للعقد فيفسخ به العقد فلا يعود إلا بعقد جديد كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتبايعين البيع. قيدنا بكونه أنكر الإيداع لأن المودع لو ادعى أن المالك وهبها منه أو باعها له وأنكر صاحبها ثم هلكت لا ضمان على المودع؛ كذا في الخلاصة. وقيدنا بكون الإنكار عند المالك لأن جحودها عند غيره لا يوجب الضمان، وقيدنا بكونه بعد الطلب لأنه لو قال له ما حال وديعتي عندك ليشكر على حفظها فجحدها لا ضمان عليه، وقيدنا بكونه نقلها لأنه لو لم ينقلها من مكانها حال جحوده فهلكت لا ضمان عليه؛ كذا في الخلاصة عن الأجناس. وقيدنا بكونه منقولاً لأنها لو كانت عقاراً لا يضمن بالجحود عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً

المنتقى: إذا كانت الوديعة أو العارية مما يحول يضمن بالجحود وإن لم يحولها. نور العين قوله: **(وإن أقام البينة أنه ردها قبل الجحود الخ)** رأيت ملحقاً في نسختي الخلاصة بعد لفظة الجحود قبلت بينته وبعده كلمة ممحوة لم أعرفها. وفي الخانية: وذكر في المنتقى إذا جحد المودع الوديعة ثم ادعى أنه ردها بعد ذلك وأقام البينة قبلت بينته، وكذا لو أقام البينة أنه ردها قبل الجحود وقال إنما غلطت الخ. فظهر أن فيما نقله المؤلف سقطاً. وفي الخانية أيضاً: ولو جحد المودع الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها قبل الجحود إن قال ليس لك عندي وديعة قبلت بينته ويبرأ عن الضمان، ولو قال نسيت في الجحود أو قال غلطت ثم أقام البينة أنه دفعها إلى صاحبها قبل الجحود برئ.

عند عدم النهي والخوف ولو أودعا شيئاً لم يدفع المودع إلى أحدهما حظه حتى يحضر

لمحمد في الأصح؛ ذكره الشارح في الغصب. وقيدنا بكونه لم يكن من يخاف عليها منه لأنه لو جحدها في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر ثم هلكت لا يضمنها لأنه إنما أراد حفظها. وقيدنا بكونه لم يحضرها لأنه لو جحدها ثم أحضرها فقال له صاحبها دعها وديعة عندك فهلكت فإن أمكنه أخذها فلم يأخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد، وإن لم يمكن أخذها ضمن لأنه لم يتم الرد؛ كذا في الاختيار. ولو جحدها ثم ادعى ردها بعد ذلك وأقام البينة قبلت، وإن أقام البينة أنه ردها قبل جحوده وقال غلطت في الجحود أو نسيت أو ظننت أني دفعته فأنا صادق في قولي لم يستودعني ثم ادعى الرد أو هلاك لا يصدق، ولو قال ليس له علي شيء ثم ادعى الرد أو الهلاك يصدق؛ كذا في الخلاصة. وقيد بالوديعة لأن المضارب لو قال لرب المال لم تدفع إلي شيئاً ثم قال بلى قد دفعت إلي ثم اشترى بالمال كان على المضاربة وبرئ عن الضمان، وإن جحد ثم اشترى ثم أقر فهو ضامن من والمتاع له، وكذا الوكيل بشراء شيء بغير عينه بألف ودفع المال إلى الوكيل، وإن كان العبد معيناً فاشتراه في حال الجحود أو بعدما أقر فهو للآمر، ولو دفع رجل إلى رجل عبداً ليبيعه فجحد المأمور ثم أقر به فباعه قال محمد بن سلمة: جاز ويبرأ عن الضمان وقال غيره من المشايخ في قياس قوله لو باع بعد الجحود ثم أقر جاز أيضاً؛ كذا في فتاوى قاضيخان من كتاب المضاربة. وإذا ضمنها المودع بالجحود تعتبر قيمتها يوم الإيداع لا يوم الجحود ويدل عليه ما ذكره في الخلاصة: رجل أودع رجلاً عبداً فجحده المودع فمات في يده ثم أقام المودع البينة على قيمته يوم الجحود ولكن قيمته يوم الإيداع كذا قضى عليه بقيمته يوم الإيداع اهـ.

قوله: **(وله أن يسافر بها عند عدم النهي والخوف)** أي للمودع أن يسافر بالوديعة إذا لم ينهه المودع ولم يخف عليها بالإخراج لأن الأمر مطلق فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان. قيد بعدم النهي لأنه لو نهاه عن السفر ليس له ذلك، وقيد بعدم الخوف لأن الطريق لو كان مخيفاً وله بد من السفر كان ضامناً، وكذا الأب الوصي وإن لم يكن له بد منه إن سافر بأهله

قوله: **(ثم ادعى الرد أو الهلاك لا يصدق)** عبارة الخلاصة بعد قوله لم تستودعني هكذا: وفي الأقضية لو قال لم يستودعني ثم ادعى الرد أو الهلاك لا يصدق ففي عبارته سقط قوله: **(ويدل عليه ما ذكره في الخلاصة الخ)** قال في المنح: لكن ذكر في العمادية أنه لو جحد الوديعة وهلكت ثم أقام المودع بينة على قيمتها يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الجحود، وإن لم يعلم قيمتها يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الإيداع يعني إذا أثبت الوديعة، كذا ذكر في العدة وتمام هذا ينظر في وديعة الذخيرة اهـ. وكتب بعض الفضلاء على هامش المنح أن فيما نقل من عبارة الخلاصة سقطاً وأن أصل العبارة موافق لما في العمادية لأن أصل العبارة قضى عليه بقيمته يوم الجحود، فإن قال الشهود لا نعلم قيمته يوم الجحود لكن قيمته يوم الإيداع كذا قضى عليه بقيمته يوم الإيداع.

الآخر وإن أودع رجل عند رجلين مما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه ولو دفع إلى الآخر ضمن بخلاف ما لا يقسم ولو قال له لا تدفع إلى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها إلى من لا بد له منه أو حفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن وإن كان

لا يضمن وإن سافر بنفسه يكون ضامناً؛ كذا في فتاوى قاضيخان. ومن المخوف السفر في البحر لأن الغالب فيه العطب؛ كذا في الاختيار. وأطلق المصنف فشمل ماله حمل ومؤنة طال الخروج أو قصر وهو قول الإمام؛ كذا في النهاية. واستثنى منه الشيخ أبو نصر في شرح القدوري الطعام الكثير فإنه يضمن إذا سافر به استحساناً. وفي فتاوى قاضيخان: وللمودع أن يسافر بمال الوديعة عندنا إذا لم يكن لها حمل ومؤنة. وقيد بالوديعة لأن الوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه إن قيد الوكالة بمكان بأن قال بعه بالكوفة فأخرجها من الكوفة يصير ضامناً عندنا، وإن أطلق الوكالة فسافر به إن كان شيئاً له حمل ومؤنة يكون ضامناً، وإن لم يكن له حمل ومؤنة لا يصير ضامناً عندنا إذا لم يكن له بد من السفر، وإن كان له بد من السفر لا يكون ضامناً عند أبي حنيفة طال الخروج أم قصر. وقال محمد: يكون ضامناً طال الخروج أم قصر. وقال أبو يوسف: إن طال الخروج يكون ضامناً، وإن قصر لا يكون ضامناً؛ كذا في فتاوى قاضيخان قوله: **(ولو أودعا شيئاً لم يدفع المودع إلى أحدهما حظه حتى يحضر الآخر)** يعني في غيبة صاحبه. أطلقه فشمل ذوات الأمثال والقيم وخلافهما في الأول قياساً على الدين المشترك. وفرق أبو حنيفة بينهما بأن المودع لا يملك القسمة بينهما فكان تعدياً على ملك الغير، وفي الدين يطالبه بتسليم حقه إذ الديون تقضى بأمثالها فكان تصرفاً في مال نفسه. وأشار بقوله «لم يدفع» إلى أنه لا يجوز ذلك حتى لو خاصمه إلى القاضي لم يأمره بدفع نصيبه إليه في قول أبي حنيفة، وإلى أنه لو دفع إليه لا يكون قسمة اتفاقاً حتى لو هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بحصته، وإلى أن لأحدهما أن يأخذ حصته منها إذا ظفر بها، وإلى أنه لو دفع وارتكب الممنوع لا يضمن. وفي فتاوى قاضيخان ما يفيده ولفظه: ثلاثة أودعوا رجلاً مالاً وقالوا لا تدفع المال إلى أحد منا حتى نجتمع فدفع نصيب أحدهم قال محمد في القياس يكون ضامناً وبه قال أبو حنيفة. وفي الاستحسان لا يضمن وهو قول أبي يوسف اهـ. فقد جعل عدم الضمان هو الاستحسان فكان هو المختار قوله: **(فإن أودع رجل عند رجلين مما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه ولو دفعه إلى الآخر ضمن بخلاف ما لا يقسم)** وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر مطلقاً لأنه رضي بأمانتهما، وله إنما رضي بحفظهما لا بحفظ أحدهما. قيد بضمان الدافع لأن القابض لا ضمان عليه لأنه مودع المودع. وقيد بقوله «اقتسماه» لأن فيما يقسم لو أبيا القسمة وأودعاه فهلك ضمناه لتركهما ما التزماه، وكذلك الجواب في المرتهنين والمستبضعين والوصيين والعدلين في الرهن والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر، وإذا لم يكن لهما القسمة فيما لا يقسم كان

له منه بد أو حفظها في دار أخرى ضمن ومودع الغاصب ضامن لا مودع المودع معه ألف ادعى رجلان كل أنه له أودعه إياه فأنكر فنكل لهما فالألف لهما وعليه ألف آخر بينهما.

لهما التهايؤ في الحفظ؛ كذا في الخلاصة قوله: **(ولو قال له لا تدفع إلى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها إلى من لا بد له منه أو حفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن)** لأنه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن مفيداً. وأشار إلى أنه لا بد أن تكون الوديعة مما تحفظ في يد من منعه حتى لو كانت فرساً فمنعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر فمنعه من دفعه إلى غلامه فدفع ضمن، وإلى أن بيوت الدار لا بد أن تكون مستوية في الحفظ حتى لو منعه من وضعها في بيت فيه خلل فوضعها فيه ضمن، وكذا إذا كان ظهر البيت على السكة.

قوله: **(ولو كان له بدأ وحفظها في دار أخرى ضمن)** فالأولى صادقة بصورتين: الأولى أن تكون الوديعة شيئاً خفيفاً يمكن المودع استصحابه بنفسه كالختام فدفعها إلى عياله ضمن. الثانية أن يكون له عيال سوى من منعه من الدفع إليه والثانية محمولة على ما إذا لم تكن الدار الأخرى مثلها في الحرز، أما لو كانت مثلها أو أحرز منها لا يضمن؛ كذا في الخلاصة قوله: **(وضمن مودع الغاصب لا مودع المودع)** والفرق بينهما على قول أبي حنيفة أن مودع الغاصب غاصب لعدم إذن المالك ابتداء وبقاء وفي الثاني ليس بغاصب لأنه لا يضمن المودع بمجرد الدفع ما لم يفارقه، وإذا ضمن مودع الغاصب رجع على الغاصب مطلقاً علم أنه غاصب أو لا. وإذا ضمن مودع الغاصب ضمن غاصب الغاصب والمشتري منه بالأولى، وقد تقدم في المضاربة أن المضارب لو دفع المال مضاربة بلا إذن لا يضمن واحد منهما قبل عمل الثاني قوله: **(معه ألف فادعى رجلان كل أنه له أودعه اياه فنكل لهما فالألف لهما وغرم ألفاً آخر بينهما)** أشار بقوله «نكل» إلى أن المودع يحلف إذا أنكر الإيداع كما يحلف إذا ادعى ردها أو هلاكها إما لنفي التهمة أو لإنكاره الضمان. ولو حلف لا يثبت الرد بيمينه حتى لا يضمن الوصي لو ادعى الرد عليه وحلف؛ كذا في المبسوط. وإلى أنه لو حلف لا شيء لهما عليه وإلى أنه لو حلف لأحدهما ونكل للآخر قضى به لمن نكل له فقط، وإلى أن للقاضي أن يبدأ لأيهما شاء بالتحليف والأولى القرعة، وإلى أنه لو نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة بنفسه فيقضي به. أما النكول فإنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء فإن حلف للثاني فالكل

قوله: **(فكان هو المختار)** تعقبه المقدسي فقال: كيف يكون هو المختار مع أن سائر المتون على قول الإمام؟ وقال الشيخ قاسم: اختار النسفي قول الإمام والمحبوبي وصدر الشريعة وقال المقدسي: وقول بعضهم عدم الضمان هو المختار مستدلاً بكونه الاستحسان مخالف لما عليه الأئمة الأعيان بل غالب المتون عليه متفقون. حموي كذا في حاشية أبي السعود.

....

للأول، وإن نكل فهي بينهما، فإن قضى للأول حين نكل قبل أن يحلف للثاني لا ينفذ قضاؤه خلافاً للخصاف. وذكر الألف في الكتاب ليس احترازاً كما أن العبد في كلام الخصاف ليس احترازياً. وفي التحليف للثاني يقول بالله ما هذه العين له ولا قيمتها لأنه لما أقر بها للأول ثبت الحق فيها له فلا يفيد إقراره بها للثاني، فلو اقتصر على الأول كان صادقاً. قيد المصنف بهذه الصورة لأنه لو أقر بها لإنسان ثم قال بل هي لهذا اختص بها الأول وضمن للآخر قيمتها إن دفعها بغير قضاء، وإن كان بقضاء لا يكون ضامناً عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. ولو قال أودعنيها أحدكما ولا أدري أيكما فإن اصطلحا على أخذها بينهما فلهما ذلك ولا ضمان عليه وليس له الامتناع من التسليم بعد الصلح وإلا وادعاها كل وأراد أخذها ليس له ذلك لأن المقر له مجهول ولكل أن يستحلفه، فإن حلف قطع دعواهما، وإن نكل فكمسألة الكتاب، وكذا لو قال علي ألف لهذا أو لهذا ا هـ. والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب العارية

هي تمليك المنفعة بلا عوض وتصح باعرتك وأطعمتك أرضي ومنحتك ثوبي

كتاب العارية

أخرها عن الوديعة لأن فيها تمليكاً وإن اشتركا في الأمانة، ومحاسنها النيابة عن الله تعالى في إجابة المضطر لأنها لا تكون إلا المحتاج كالقرض فلذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر. وهي بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب؛ كذا في المصباح. وفي المغرب أنها منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة وأخذها من العار العيب خطأ. وفي النهاية أن ما في المغرب هو المعول عليه لأنه ﷺ باشر الاستعارة فلو كان العار في طلبها لما باشرها ا هـ. وفي المبسوط: إنها مشتقة من التعاور وهو التناوب قوله: **(هي تمليك المنافع بغير عوض)** وهذا تعريفها شرعاً وأشار به إلى الرد على الكرخي القائل بأنها إباحة وليست بتمليك، ويشهد لما في المتن الأحكام من انعقادها بلفظ التمليك وجواز أن يعبر ما لا يختلف بالمستعمل، ولو كان إباحة لما جاز لأن المباح له ليس له أن يبيح لغيره وإنما لا يفسد هذا التمليك الجهالة لكونها لا تفضي إلى المنازعة لعدم لزومها؛ كذا قال الشارحون. والمراد بالجهالة جهالة المنافع المملكة لا جهالة العين المستعارة بدليل ما في الخلاصة: لو استعار من آخر حماراً فقال ذلك الرجل لي حماران في الإصطبل فخذ أحدهما واذهب فأخذ أحدهما وذهب به يضمن إذا هلك، ولو قال له خذ أحدهما أيهما شئت لا يضمن ا هـ. وانعقادها بلفظ الإباحة لأنه استعير للتمليك وقد قالوا: علف الدابة على المستعير مطلقة كانت أو موقتة، وكذا نفقة العبد أما كسوته فعلى المعير؛ كذا في الخلاصة. وحكمها كونها أمانة. وأشار بقوله «تمليك المنافع» إلى أنه لا بد من الإيجاب والقبول ولو فعلاً فلو قال لآخر خذ عبدي واستعمله واستخدمه من غير أن يستعيره المدفوع إليه لا يكون عارية حتى تكون نفقته على مولاه؛ كذا في الخلاصة. ولو استعار من رجل شيئاً فسكت لا يكون إعارة؛ كذا في

كتاب العارية

قوله: **(فلو قال لآخر خذ عبدي الخ)** الظاهر أنه مفرع على اشتراط الإيجاب وأن قوله «خذ

وحملتك على دابتي وأخدمتك عبدي وداري لك سكنى وداري لك عمرى سكنى

فتاوى قاضيخان. وشرطها كون المستعار قابلاً للانتفاع وخلوها عن شرط العوض في الإعارة حتى لو شرط العوض في الإعارة تصير إجارة؛ كذا في المحيط.

قوله: **(وتصح باعرتك وأطعمتك أرضي)** لأن الأول صريح حقيقة والثاني صريح مجازاً لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازاً لأنه محله قوله: **(ومنحتك ثوبي وحملتك على دابتي)** وهو صريح أيضاً فيفيد العارية أيضاً من غير توقف على نية لكن إذا نوى به الهبة كان هبة ومنحتك بمعنى أعطيتك قوله: **(وأخدمتك عبدي)** لأنه إذن له في الاستخدام قوله: **(وداري لك سكنى)** أي من جهة السكنى لأن داري مبتدأ ولك خبره وسكنى تمييز عن النسبة إلى المخاطب قوله: **(وداري لك عمرى سكنى)** يقال عمره الداراي قال له هي لك مدة عمرك، والعمرى اسم منه فيصير معناه جعلت سكناها لك مدة عمرك، ولو قال لغيره أجرتك هذه الدار شهراً بغير عوض كانت إعارة. ولو لم يقل شهراً لا تكون إعارة؛ كذا في فتاوى قاضيخان قوله: **(ويرجع المعير متى شاء)** لعدم لزومها. أطلق المصنف رحمه الله تعالى فشمل ما إذا كان في رجوعه ضرر بين بالمستعير فإن الإعارة تبطل وتبقى العين بأجرة المثل قال قاضيخان في فتاواه: رجل استعار من رجل أمة لترضع ابناً له فأرضعته فلما

عبدي هذا» ليس بإيجاب كقوله اشتر ثوبي هذا ولا يصح كونه مفرعاً على اشتراط القبول لأن أخذ العبد قبول فعلاً فيكون وديعة تأمل قوله: **(وهو صريح أيضاً فيفيد العارية من غير توقف على نية الخ)** في الكافي للعلامة النسفي: وقوله في الهداية «ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة لأنهما لتمليك العين، وعند إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزاً» مشكل من وجوه: أحدها قوله إذا لم يرد به الهبة وكان ينبغي أن يقول إذا لم يرد بهما بدليل التعليل، ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى ﴿عوان بين ذلك﴾ [البقرة: ٦٨] وثانيهما أنه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجازاً لتمليك المنفعة. ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان ألفاظها وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة، وعلل بأن الحمل هو الارتكاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة. وثالثها أنهما لما كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلا نية فعند عدم إرادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة. وفي المستصفى شرح النافع قلنا: جاز أن يكونا لتمليك العين حقيقة ولتمليك المنفعة مجازاً وإلى هذا مال صاحب الهداية في كتاب العارية، ويكون التقدير إذا لم يرد به الهبة وأراد به العارية أي لأنه إذا لم ترد الحقيقة لا يصار إلى المجاز إلا عند إرادته، ويحتمل أن يكونا بالعكس وإليه أشار فخر الإسلام في مبسوطه وصاحب الهداية في كتاب الهبة، ويكون قوله «إذا لم يرد به الهبة» للتأكيد أي لأن مطلق الكلام محمول على العارية فليس المراد به التقييد، ويحتمل أن يكون المعنيان حقيقة لهما وإنما ترجح أحدهما لأنه أدنى الأمرين فيحمل عليه للتيقن اهـ. كذا في الكفاية موضحاً قوله: **(ولو قال لغيره أجرتك هذه الدار شهراً الخ)** قال الرملي: وفي

ويرجع المعير متى شاء ولو هلكت بلا تعد لم يضمن ولا تؤجر ولا ترهن كالوديعة فإن

صار الصبي لا يأخذ إلا منها قال المعير أردد علي خادمي قال أبو يوسف: ليس له ذلك وله مثل أجر خادمه إلى أن تفطم الصبي. وكذا لو استعار من رجل فرساً ليغزو عليه فأعاره الفرس أربعة أشهر ثم لقيه بعد شهرين في بلاد المسلمين فأراد أخذ الفرس كان له ذلك، وإن لقيه في بلاد الشرك في موضع لا يقدر على الكراء والشراء كان للمستعير أن لا يدفعه إليه لأن هذا ضرر بين وعلى المستعير أجر مثل الفرس من الموضع الذي طلب صاحبه إلى أدنى المواضع الذي يجد فيه شراء أو كراء ا هـ قوله: **(ولو هلكت بلا تعد لا يضمن)** أطلقه فشمل ما إذا هلكت في حال الاستعمال وما إذا شرط عليه الضمان فإنه شرط باطل كشرط عدم الضمان في الرهن إذا هلك؛ كذا في المحيط. وهذا إذا لم يتبين أنها مستحقة للغير، فإن ظهر استحقاقها أنها للغير ضمنها ولا رجوع له على المعير لأنه متبرع وللمستحق أن يضمن المعير، وإذا ضمنه لا رجوع له على المستعير بخلاف المودع إذا ضمنها للمستحق حيث يرجع على المودع لأنه عامل له. ولا يملك والد الصغير إعارة مال ولده، والعبد المأذون يملك أن يعير، والمرأة إذا أعارت شيئاً من ملك الزوج فهلك إن كان شيئاً داخل البيت وما يكون في أيديهن عادة فلا ضمان على أحد، أما في الفرس أو الثور فيضمن المستعير والمرأة؛ كذا في النهاية. قيد بقوله «بلا تعد» لأنه لو تعدى ضمنها كما لو كبحها باللجام أو فقأ عينها بالضرب أو حملها ما يعلم أن مثلها لا يحمله أو استعملها ليلاً ونهاراً مما لا يستعمل مثلها في الدواب. وكذا لو نزل عن الدابة ودخل المسجد وتركها في السكة فهلكت يضمن على الأصح، وكذا إذا استعار دابة ليركبها في حاجته إلى ناحية مسماة فأخرجها إلى النهر ليسقيها وهي غير تلك الناحية ضمن إذا هلكت وكذا إذا استعار ثوراً ليكرب به أرضه فكرب أرضاً أخرى يضمن إذا عطب، وكذا إذا قرنه بثور أعلى منه ولم تجر العادة به فهلك، وكذا إذا نام في المفازة ومقود الدابة في يده فسرقت إن كان مضطجعاً، وإن كان جالساً لا يضمن في غير السفر، وإن كان في السفر لا يضمن، سواء نام قاعداً أو مضطجعاً إذا كان المستعار تحت رأسه أو موضوعاً بين يديه أو حواليه بحيث يعد حافظاً عادة. ولو تركه في المرج يرعى إن كانت العادة هكذا لا يضمن، وإن لم يعلم أو كانت العادة مشتركة يضمن. ولو جعله في القربة وليس للقربة باب مفتوح لا يضمن

البزازية من كتاب الإجارة في الثاني في صفتها قال: لا تنعقد الإعارة بالإجارة حتى لو قال أجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لا عارية اهـ. فتأمله مع هذا وسيأتي في أول الإجارة.

قوله: **(فكرب أرضاً أخرى)** قال في جامع الفصولين أقول: ينبغي أن لا يضمن لو كرب مثل المعينة أو أرخى منها كما لو استعار دابة للحمل وسمى نوعاً فخالف لا يضمن لو حمل مثل المسمى

أجر فعطبت ضمن ويعير ما لا يختلف بالمستعمل فلو قيدها بوقت أو منفعة أو بهما لا

إن نام مضطجعاً أو قاعداً. وفي فتاوى قاضيخان: لو استعار دابة للذهاب فأمسكها في بيته فهلكت كان ضامناً لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك في البيت.

قوله: **(ولا تؤجر)** لأن الإجارة أقوى لأنها لازمة فلو ملكها لزم لزوم ما لا يلزم وهو العارية أو عدم لزوم ما يلزم وهو الإجارة قوله: **(ولا ترهن كالوديعة)** لأن الرهن إيفاء وليس له أن يوفي دينه بمال غيره بغير إذنه وله أن يودع على المفتى به وهو المختار، وصحح بعضهم عدمه ويتفرع عليه ما لو أرسلها على يد أجنبي فهلكت يضمن على الثاني لا الأول وسيأتي قريباً قوله: **(فإن أجر فعطبت ضمن)** لأنه متعد بالتسليم فصار غاصباً، وله أن يضمن المستأجر كالمستأجر من الغاصب وإذا ضمنه رجع على المستعير إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده بخلاف ما إذا علم، وبخلاف المستعير إذا ضمن ليس له الرجوع على المستأجر لأنه بالضمان تبين أنه آجر ملك نفسه ويتصدق بالأجرة عندهما خلافاً لأبي يوسف؛ كذا في الخلاصة. قوله: **(ويعير ما لا يختلف بالمستعمل)** لكونه ملك المنفعة فملك أن يملكها. قيد بما لا يختلف وهو الحمل والاستخدام والسكنى لأن ما يختلف ليس له فيه أن يعير كاللبس والركوب لكن بشرط أن تكون مقيدة، أما لو كانت مطلقة كما لو استعار دابة للركوب أو ثوباً للبس له أن يعيرهما ويكون ذلك تعييناً للراكب واللابس، فإن ركب هو بعد ذلك قال الإمام علي البزدوي: يكون ضامناً. وقال السرخسي وخواهر زاده: لا يضمن؛ كذا في فتاوى قاضيخان. وصحح الأول في الكافي قوله: **(فلو قيدها بوقت أو منفعة أو بهما لا يتجاوز عما سواه وأن أطلق له أن ينتفع أي نوع شاء في أي وقت شاء)** يعني أنها على أربعة أوجه لأن الإطلاق والتقييد دائر بين شيئين: الوقت والانتفاع. وأشار بقوله «لا يتجاوز» إلى أنه لا يتعدى المسمى فأفاد أنه لا بد أن تكون المخالفة إلى شر، فلو خالف إلى مثل المسمى بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من حنطة معينة فحمل عليها هذا القدر من حنطة أخرى أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره أو خالف إلى خير من المسمى بأن حمل هذا القدر من الشعير لا يكون ضامناً لأنه إنما يعتبر من تقييده ما يكون مفيداً حتى لو سمى مقداراً من الحنطة وزناً فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة؛ كذا في النهاية. وصحح الولوالجي عدم الضمان. وفي المحيط: إذا استعار دابة ليركبها فركبها وأركب غيره فعطبت ضمن نصف قيمتها اهـ. وإذا قيدها بوقت فهي مطلقة إلا في حق الوقت حتى لو لم يردها بعد مضي الوقت مع الإمكان ضمن إذا

أو أخف منه كما سيجيء قوله: **(وكذا إذا قرنه بثور أعلى منه)** في جامع الفصولين ما يفيد أن أعلى بالعين المعجمة حيث قال: استعار ثوراً قيمته خمسون ليستعمله فقرنه مع ثور قيمته مائة يبرأ لو كان الناس يفعلون مثل ذلك وإلا ضمن.

يتجاوز عما سماه وإن أطلق له أن ينتفع أي نوع في أي وقت شاء وعارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود قرض وإن أعار أرضاً للبناء أو الغراس صح وله أن يرجع ويكلف قلعهما ولا يضمن ما نقص إن لم يوقت فإن وقت ورجع قبله ضمن ما نقص

هلكت، سواء استعملها بعد الوقت أو لا. ولو كانت مقيدة بالمكان فهي مطلقة إلا من حيث المكان حتى لو جاوزه ضمن، وكذا لو خالفه ضمن وإن كان هذا المكان أقرب إليه من المكان المأذون؛ كذا في الخلاصة. وإن قيدها بالمستعير بأن قال لا تدفع إلى غيرك فدفع فهلك ضمن فيما يتفاوت، وفيها لا يتفاوت والتفصيل عند عدم النهي؛ كذا في الخلاصة. وفي فتاوى قاضيخان: إذا استعار دابة إلى موضع كذا كان له أن يذهب عليها ويجيء، وإن لم يسم له موضعاً ليس له أن يخرج بها من المصر اهـ.

قوله: **(وعارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود قرض)** ومراده أن إعارة ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء العين قرض ولو كان قيمياً حتى لو قال أعرتك هذه القطعة من الثريد فأخذها وأكلها فعليه مثله أو قيمته وكان قرضاً إلا إذا كان بينهما مباسطة فيكون ذلك دلالة الإباحة كذا في الخلاصة وفي المحيط لو استعار رقعة ليجعلها على قميصه أو خشبة يدخلها في بنائه فهو ضامن لأنه قرض هذا إذا لم يقل لا ردها عليك فإن قال فهو عارية لأن القرض لا يكون عينه واجب الرد فصار إعارة قيدنا بكونه لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه لأنه لو أمكن بأن استعار درهماً ليعاير به ميزانه كان عارية فليس الانتفاع بعينه كعارية الحلي وإذا كان عارية ما ذكرنا قرضاً كان قرض الحيوان للاستعمال عارية لا قرضاً فساداً لأن القرض الفاسد أن يأخذ الحيوان ليستهلكه وينتفع به ثم يرد عليه مثله وهذا فاسد وهو مضمون بالقيمة كذا في فتاوى قاضيخان قوله: **(وإن أعار أرضاً للبناء أو الغراس صح)** لأن المنفعة معلومة اهـ قوله: **(وله أن يرجع)** لأنها غير لازمة قوله: **(ويكلف قلعهما)** أي قلع البناء والغرس وهو بفتح الغين وكسرها كذا في المغرب ويجبر المستعير على القلع إلا إذا كان فيه مضرة بالأرض فإن كان يترك بقيمته مقلوعاً كذا في النهاية قوله: **(ولا يضمن إن لم يوقت)** أي لا ضمان على المعير إذا رجع إن لم يوقت لها وقتاً لأنها غير لازمة ولم يغره قوله: **(وإن وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع)** بأن يقوم قائماً غير مقلوع يعني بكم يشتري بشرط قيامه إلى المدة المضروبة كذا في النهاية وتعتبر القيمة يوم الاسترداد كما في فتاوى قاضيخان لأنه صار مغروراً من جهته فإن قلت إذا لم يضر بالأرض وإن كان القلع يضر بالأرض لا يقلع إلا برضا صاحبها ويضمن له قيمته مقلوعاً اهـ. وظاهره مع ما قبله أن القلع إذا لم يضر بالأرض كان الخيار للمستعير بين قلعه وبين تضمين جميع القيمة وهو مخالف لما في الكتاب حيث جعل له تضمين ما نقصه القلع لا تضمين جميع القيمة.

قوله: **(ضمن نصف قيمتها)** معناه أنها ركباها معاً لأن سبب العطب ركوبهما معاً وأحدهما

بالقلع ولو استعارها ليزرعها لا تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أولاً ومؤنة الرد على المستعير والمودع والمؤجر والمرتهن وإن رد المستعير الدابة إلى إصطبل مالكها أو العبد إلى

قوله: **(ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت)** لأن له نهاية معلومة فيترك بأجر المثل إلى وقت الإدراك إذا رجع لأن فيه مراعاة الحقين كما في الإجارة إذا انقضت المدة والزرع لم يدرك بعد فإنه يترك بأجر المثل مراعاة للجانبين. فإن قال رب الأرض أعطيك البذر ونفقتك وأخرجك ويكون ما زرعت لي ورضي به المزارع، فإن كان لم يطلع من الزرع شيء لا يجوز لأن المزارع يصير بائعاً الزرع وبيع الزرع قبل النبات لا يجوز وبعدما خرج فيه كلام. وأشار المؤلف في المغني إلى الجواز؛ كذا في النهاية. ولو بنى حائطاً في الدار المستعارة استرد المعير الدار، فإذا أرد المستعير أن يرجع عليه بما أنفق ليس له ذلك، وليس له أن يهدم الحائط إن كان البناء من تراب صاحب الأرض؛ كذا في الخلاصة. وفي المحيط: لو استعار أرضاً ليبني ويسكن وإذا خرج فالبناء لرب الأرض فلرب الأرض أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير لأن هذه إجارة معنى لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض، ولما شرط البناء له كانت إجارة فاسدة لجهالة المدة والأجرة لأن البناء مجهول فوجب أجر المثل قوله: **(ومؤنة الرد على المستعير)** لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه، وفائدة كونها على المستعير تظهر أيضاً فيما لو كانت العارية مؤقتة فمضى الوقت فأمسكها المستعير فهلكت ضمنها لأن مؤنة الرد عليه؛ كذا في النهاية. ويستثنى من إطلاقهم ما ذكره قاضيخان في فتاواه في فصل من يرهن مال الغير: رجل أعار شيئاً له حمل ومؤنة ليرهنه فرهنه قالوا: إن رد العارية يكون على المعير، وفرق بينها وبين غيرها من العواري في غير هذا يكون الرد على المستعير لأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها فإنها تصير مضمونة في يد المرتهن وللمعير أن يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة الإجارة اهـ. فقد حصل الفرق بين العارية للرهن وغيرها من وجهين: الأول ما ذكرناه أن المستعير للرهن لو خالف ثم عاد إلى الوفاق برئ عن الضمان بخلاف غيره. الثاني ما ذكرناه هنا ويدخل في المستعير الموصى له بالخدمة فإن مؤنة رد العبد عليه كما في المستعير؛ كذا في النهاية قوله: **(والمودع)** أي مؤنة الرد على مالك الوديعة لأن منفعة القبض حاصلة له لأنه يحفظ العين ومنفعته عائدة إليه قوله: **(والمؤجر)** أي مؤنة الرد على المؤجر لا المستأجر لأنها مقبوضة لمنفعة المالك لأن الأجر سلم له به فإذا أمسكها المستأجر بعد مضي المدة لا يضمنها ما لم يطالبه صاحبها بالرد. وفي الفصل السادس من إجارة الفتاوى البزازية قال صاحب المحيط

مأذون فيه فلهذا ضمن النصف حتى لو أركب غيره فقط ضمن الكل هذا ما ظهر لي ولم أر من نبه عليه أبو السعود يعني أركب غيره بعد ما ركب هو لأن له أن يعير ما اختلف استعماله إن لم يعين منتفعاً.

قوله: **(الأول ما ذكرناه)** أي في قوله في كتاب الوديعة بخلاف المستعير والمستأجر.

دار المالك برئ بخلاف المغصوب والوديعة وإن رد المستعير الدابة مع عبد أو أجيره مشاهرة أو مع عبد رب الدابة أو أجيره برئ بخلاف الأجنبي ويكتب المستعار إنك أطعمتني أرضك.

قال مشايخنا: هذا إذا كان الإخراج بإذن صاحب المال ولو بلا إذنه فمؤنة الرد مستأجراً أو مستعيراً على الذي أخرج اهـ. وفي الخلاصة: الأجير المشترك كالخياط ونحوه مؤنة الرد عليه لا على رب الثوب قوله: **(والغاصب)** أي مؤنة الرد على الغاصب لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعاً للضرر عنه قوله: **(والمرتهن)** أي مؤنة الرد على المرتهن لا الراهن لأن الغنم حصل له ولهذا اختص به من بين سائر الغرماء حتى يستوفي دينه منه أولاً فكان الغرم عليه. قال في الخلاصة: إن مؤنة الرد على الراهن وفيه كلام لا يخفى، وقد قدمنا حكم نفقة العين المستأجرة وكسوتها.

قوله: **(وإن رد المستعير الدابة إلى إصطبل مالكها أو العبد إلى دار المالك برئ)** عن الضمان استحساناً لأنه أتى بالتسليم المتعارف لأن رد العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت. قيد بالدابة والعبد لأنها لو كانت عقد جوهر لا يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف؛ كذا في الهداية. وقيدنا بالإصطبل لأنه لو ردها إلى أرض مالكها لا يبرأ؛ كذا في المحيط قوله: **(بخلاف المغصوب والوديعة)** حيث لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك لأن الواجب على الغاصب نسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره والوديعة ليس فيها عرف لعدم رضاه بالرد إلى الدار أو من في عياله لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه والمستأجر كالوديعة؛ كذا في المحيط قوله: **(وإن رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مع عبد رب الدابة أو أجيره برئ بخلاف الأجنبي)** للعرف. قيد بالمستعير لأن المودع لو رد مع عبد رب الدابة أو أجيره لا يبرأ لعدم العرف، ولو رد مع عبده لا يضمن لأن له أن يستحفظ به. وقيد بالدابة لأنه لو كان شيئاً نفيساً فردها إلى يد غلام صاحبها ضمن لعدم العرف به. وأطلق في عبد رب الدابة فشمل عبداً يقوم عليها أو لا وهو الأصح. وفي قوله «بخلاف الأجنبي» إشارة إلى أن المستعيرة ليس له الإيداع من الأجنبي، وقد تقدم أن المختار المفتى به جوازه فتعين أن تكون هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي لأنه بالإمساك بعد المدة يصير متعدياً قوله: **(ويكتب المعار أطعمتني أرضك)** أي إذا استعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب المستعير أنك أطعمتني أرضك لأزرعها ما أشاء من غلة الشتاء أو الصيف عند أبي حنيفة. وقالا: يكتب أنك أعرتني لأن لفظ الإعارة موضوعة له. وله أن لفظ الإطعام أدل على المراد لأنها تخص الزراعة والإعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى. قيد بالأرض لأن في إعارة الثوب والدار يكتب أعرتني ولا يكتب ألبستني ولا أسكنتني اهـ. والله أعلم.

قوله: **(وقد تقدم أن المختار الخ)** أي عند قول المتن «ولا يرهن».

كتاب الهبة

هي تمليك العين بلا عوض وتصح بإيجاب وقبول كوهبت ونحلت وأطعمتك

كتاب الهبة

هي لغة التفضل على الغير بما ينفعه ولو غير مال واصطلاحاً ما أشار إليه المصنف قوله: **(هي تمليك العين بلا عوض)** فخرجت الإباحة والعارية والإجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه فإنه إسقاط وإن كان بلفظ الهبة. وفي الاختيار أن الهبة نوعان: تمليك وإسقاط وعليهما الإجماع، وأما هبة الدين من غير من هو عليه فصحيحة بشرط أن يأمره بقبضه؛ كذا في المنتقى وغيره. وظاهره أنه ليس بوكيل عنه في قبضه فيملكه ويكون هبة وقد صرح به في المحيط فقال: ولو وهب ديناً له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة استحساناً فيصير قابضاً للواهب بحكم النيابة، ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة، وإن لم يأذن في القبض لم يجز. وسببها إرادة الخير الواهب دنيوي كالعوض وحسن الثناء والمحبة من الموهوب له، وأخروي وشرائط صحتها في الواهب العقل والبلوغ والملك فلا تصح هبة المجنون والصغير والعبد ولو مكاتباً أو أم ولد أو مدبراً أو مبعضاً وخير المالك، وفي الموهوب أن يكون مقبوضاً غير مشاع متميزاً غير مشغول على ما سيأتي تفصيله. وركنها هو الإيجاب والقبول، وحكمها ثبوت الملك للموهوب له غير لازم حتى يصح الرجوع والفسخ وعدم صحة خيار الشرط فيها فلو وهبه على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام صحت الهبة إن اختارها قبل أن يتفرقا، ولو أبرأه على أنه بالخيار ثلاثة أيام صح الإبراء وبطل الخيار؛ كذا في الخلاصة. وأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة حتى لو وهب لرجل عبده على أن يعتقه صحت الهبة وبطل الشرط. ومحاسنها كثيرة حتى قال الإمام أبو منصور: يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والإحسان كما يجب عليه أن يعلمه التوحيد والإيمان إذ حب الدنيا رأس كل خطيئة؛ كذا في النهاية قوله: **(وتصح بإيجاب كقوله وهبت ونحلت وأطعمتك هذا الطعام)**

كتاب الهبة

قوله: **(وقد صرح به في المحيط)** أي بكونه وكيلاً عنه في قبضه تأمل قوله: **(فشمل ماذا كان**

هذا الطعام وجعلته لك وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة ناوياً به الهبة

لأنها صريحة فيها. أطلقها فشمل ما إذا كان على وجه المزاح فإن الهبة صحيحة؛ كذا في الخلاصة. وشمل ما إذا أضاف الهبة إلى جزء يعبر به عن الكل كما إذا قال وهبت لك فرجها كان هبة؛ كذا في الخلاصة أيضاً. وشمل ما لو قال لقوم قد وهبت جاريتي هذه لأحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم ملكها، وكذا بقوله أذنت الناس جميعاً في ثمر نخلي من أخذ شيئاً فهو له فبلغ الناس من أخذ شيئاً يملكه؛ كذا في المنتقى. وظاهره أن من أخذه ولم يبلغه مقالة الواهب لا يكون له كما لا يخفى. وقيد بالطعام لأنه لو قال أطعمتك أرضي كان عارية لرقبتها وإطعاماً لغلتها؛ كذا في المحيط قوله: **(وجعلته لك)** لأن اللام للتمليك ولهذا لو قال هذه الأمة لك كان هبة، ولو قال هي لك حلال لا تكون هبة إلا أن يكون قبله كلام يستدل به على أنه أراد به الهبة؛ كذا في الخلاصة. قيد بقوله «لك» لأنه لو قال جعلته باسمك لا يكون هبة ولهذا قال في الخلاصة: لو غرس لابنه كرماً إن قال جعلته لابني تكون هبة، وإن قال باسم ابني لا تكون هبة. ولو قال أغرس باسم ابني فالأمر متردد وهو إلى الصحة أقرب اهـ. قوله: **(وأعمرتك هذا الشيء)** لأن العمرى تمليك للحال فتثبت الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع، وكذلك لو شرط الرجوع صريحاً يبطل شرطه أيضاً كما لو قال وهبتك هذا العبد حياتك وحياته أو أعمرتك داري هذه حياتك أو أعطيتها حياتك أو وهبت هذا العبد حياتك فإذا مت فهو لي أو إذا مت فهو لورثتي هذا تمليك صحيح وشرط باطل لما تقدم أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة.

قوله: **(وحملتك على هذه الدابة ناوياً الهبة)** لأن الحمل على الدابة إركاب وهو تصرف في منافعها لا في عينها فتكون عارية إلا أن يقول صاحبها أردت الهبة لأنه نوى محتمل كلامه وفيه تشديد عليه، ومثله أخدمتك هذه الجارية قوله: **(وكسوتك هذا الثوب)** لأنه يراد به

على وجه المزاح الخ) رده المقدسي بأنه ليس في الخلاصة ما يفيد دعواه والذي فيها أنه طلب الهبة مزاحاً لا جداً فوهبه جداً وسلم صحت الهبة لأن الواهب غير مازح وقد قبل الموهوب له قبولاً صحيحاً؟ كذا في حاشية أبي السعود عن الحموي. قلت: وليس في كلام المؤلف ما يقتضي أن المزاح وقع في الإيجاب لأن قوله «أطلقها» أي طلق الهبة وقوله «فشمل ما إذا كان» أي طلبه لها تأمل. وعن عبد الله بن المبارك أنه مر بقوم يضربون الطنبور فوقف عليهم وقال هبوه مني حتى تروا كيف أضرب فدفعوا إليه فضربه على الأرض وكسره فقال: رأيتم كيف أضرب؟ قالوا: أيها الشيخ خدعتنا. وإنما قال لهم ذلك احترازاً عن قول أبي حنيفة فإن عنده كسر الملاهي يوجب الضمان وهذا دليل على ما مر من أن هبة المازح جائزة؛ كذا في فتاوى قاضيخان. والذي مر هو قوله رجل قال لآخر هب لي هذا الشيء مزاحاً فقال وهبت وسلم قال أبو نصر: إنه يجوز ذلك اهـ. قوله: **(ولهذا قال في الخلاصة لا غرس الخ)** قال في المنح وفي الخانية: قال جعلته لابني فلان يكون هبة لأن

وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة تسكنها لا هبة سكنى أو سكنى هبة وقبول

التمليك قال تعالى ﴿أو كسوتهم﴾ [المائدة: ٨٩] ويقال كسا الأمير فلاناً ثوباً إذا ملكه لا إذا أعاره. وفي الخلاصة: لو دفع إلى رجل ثوباً وقال ألبس نفسك ففعل يكون هبة، ولو دفع إليه دراهم وقال أنفقها تكون قرضاً اهـ. ولو قال متعتك بهذا الثوب أو بهذه الدراهم فهي هبة؛ كذا في المحيط قوله: **(وداري لك هبة تسكنها)** لأن قوله «تسكنها» مشورة بضم الشين وليس بتفسير لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم فقد أشار عليه في ملكه بأن يسكنه، فإن شاء قبل مشورته وإن شاء لم يقبل كقوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه، وقد تقدم أن العمرى كالهبة فقوله هنا «هبة» ليس بقيد بل لو قال داري لك عمرى تسكنها كان كذلك؛ نص عليه في النهاية قوله: **(لا هبة سكنى أو سكنى هبة)** بنصب «هبة» فيهما على الحال ويحتمل انتصابهما على التمييز لما في قوله داري لك من الإبهام يعني أنها عارية فيهما لأن السكنى محكم في تمليك المنفعة فكان عارية قدم لفظ الهبة أو أخره. ولو ذكر بدل سكنى عارية كان عارية بالأولى، ولو قال هي لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو إجارة هبة فهي إجارة غير لازمة فيملك كل فسخها بعد القبض ولو سكن وجب الأجر؛ كذا في المحيط قوله: **(وقبول)** أي صحت الهبة بالإيجاب والقبول في حق الموهوب له لأنه عقد فينعقد بهما كسائر العقود. قيدنا بكونهما في حق الموهوب له لأنها تصح بالإيجاب وحده في حق الواهب لما ذكروا في الأيمان أنه لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب فلم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع. والقبول تارة يكون بالقول وتارة بالفعل. ومن الثاني ما قدمناه من قوله لو قال قد وهبت جاريتي هذه لأحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم تكون له وكان أخذه قبولاً. وما في المحيط من أنها تدل على أنه لا يشترط في الهبة القبول مشكل وفيه: رجل

الجعل عبارة عن التمليك، وإن قال اغرسه باسم ابني لا يكون هبة، وإن قال جعلته باسم ابني يكون هبة لأن الناس يريدون به التمليك والهبة اهـ. وفيه مخالفة لما في الخلاصة كما لا يخفى اهـ. قال الرملي في حاشية المنح: ما في الخانية أقرب لعرف الناس اهـ. ورأيت في الولوالجية ما نصه: رجل له ابن صغير فغرس كرماً له فهذا على ثلاثة أوجه: إن قال أغرس هذا الكرم باسم ابني فلان أو قال جعلته لابني فلان هبة لأن الجعل إثبات فيكون تمليكاً، وإن قال جعلته باسم ابني فالأمر متردد وهو أقرب إلى الوجه الأوّل اهـ. ولتراجع نسخة أخرى قوله: **(وما في المحيط من أنها تدل على أنه لا يشترط في الهبة القبول مشكل)** الضمير في «أنها» للمسألة السابقة ويظهر لي أنه أراد بالقبول القبول صريحاً وأن القبول فعلاً يكفي وعليه يحمل الخلاف في اشتراط القبول وعدمه وبالله التوفيق. قال في التتارخانية: وفي الذخيرة قال أبو بكر: حينئذ إذا قال الرجل لغيره وهبت عبدي هذا منك والعبد حاضر فقبض الموهوب له العبد ولم يقل قبلت جازت الهبة، وكذلك لو كان العبد غائباً فذهب وقبضه ولم يقل قبلت جازت الهبة. قال الفقيه أبو الليث: وبقول أبي بكر نأخذ. وفي التهذيب: ولو

وقبض في المجلس بلا إذنه وبعده به في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم

دفع ثوبين إلى رجل فقال أيما شئت لك والآخر لابنك فلان، فإن بين الذي له قبل أن يتفرقا جاز، وإن لم يبين لم يجز لأن الجهالة لم ترتفع قوله: **(وقبض بلا إذن في المجلس وبعده به)** يعني وبعد المجلس لا بد من الإذن صريحاً فأفاد أنه لا بد من القبض فيها لثبوت الملك لا للصحة والتمكن من القبض كالقبض ولهذا قال في الاختيار: ولو وهب من رجل ثوباً فقال قبضته صار قابضاً عند أبي حنيفة، وجعل تمكنه من القبض كالقبض كالتخلية في البيع. وقال أبو يوسف: لا بد من القبض في يده اهـ. وأشار المصنف إلى أنه لو نهاه عن القبض لا يصح قبضه لا في المجلس ولا بعده لأن صحة قبضه في المجلس لأجل أنه أذن به دلالة لتسليطه عليه بها فإذا نهاه كان صريحاً وهو يفوقها، ولو وهب لرجل ثياباً في صندوق مقفل ودفع إليه الصندوق لم يكن قبضاً، وإن كان الصندوق مفتوحاً كان قبضاً لأن يمكنه القبض؛ كذا في المحيط.

قوله: **(في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم)** أي تجوز الهبة فيما ذكر. قيد بالمحوز لأن المتصل كالثمرة على الشجر لا تجوز هبته، وقيد المشاع بما لم يقسم لأن هبة المشاع الذي تمكن قسمته لا يصح. وأطلقها فشمل الهبة من الشريك مشاعاً يقسم. قيد بالهبة لأن بيع الشائع جائز فيما يقسم وما لا يقسم، وأما إجارته فإن كان من الشريك فهو جائز، وإن من أجنبي لا يجوز مطلقاً عند أبي حنيفة، وهي فاسدة على قوله فيجب أجر المثل على الأصح خلافاً لمن قال ببطلانها فلم يوجب شيئاً. وأما الشيوع الطارئ ففي ظاهر الرواية لا يفسد الإجارة، وأما إعارته فجائزة إن كانت من شريكه وإلا فإن سلم الكل فهي إعارة مستأنفة للكل وإلا لا يجبر. وأما رهنه فهو فاسد فيما ينقسم أولاً من شريكه أو من أجنبي بخلاف الرهن من اثنين فإنه جائز، وأما وقفه فهو جائز عند أبي يوسف خلافاً لمحمد فيما يحتملها، وإن كان مما

قال قبضته قال أبو بكر جازت الهبة من غير قوله قبلت ويصير قابضاً في قول محمد. وقال أبو يوسف: لا يصير قابضاً ما لم يقبض اهـ. قوله: **(والتمكن من القبض كالقبض)** قال في التتارخانية: قد ذكرنا أن الهبة لا تتم إلا بالقبض والقبض نوعان: حقيقي وأنه ظاهر، وحكمي وذلك بالتخلية. وقد أشار في هذه المسألة إلى القبض الحكمي وهو القبض بطريق التخلية وهذا قول محمد خاصة، وعند أبي يوسف التخلية ليست بقبض وهذا الخلاف في الهبة الصحيحة، فأما الهبة الفاسدة فالتخلية ليست بقبض اتفاقاً.

قوله: **(وأما المهايأة فلا تجب الخ)** قال بعض الفضلاء: الذي يفيده الزيلعي أنه يجبر على المهايأة لأنها قسمة المنافع والتبرع وقع في العين فيكون إيجاباً في غير ما تبرع به فلا يبالي به، وإنما المحظور الإيجاب في عين ما تبرع به. وقال قاضي زاده بعد نقل أن المهايأة لا تجب مع علته عن صاحب غاية البيان لعل هذا الجواب غير صحيح لأن التهايؤ يجب ويجري فيه جبر القاضي إذا طلبه أحد الشركاء

فإن قسمه وسلمه صح وإن وهب دقيقاً في بر لا وإن طحن وسلم وكذا الدهن في

يحتملها فجائز اتفاقاً، وأفتى الكثير بقول محمد، واختار مشايخ بلخ قول أبي يوسف. وأما وديعته فجائزة وتكون مع الشريك، وأما قرضه فجائز كما إذا دفع إليه ألفاً وقال خمسمائة قرضاً وخمسمائة شركة؛ كذا في النهاية هنا. وأما غصبه فمتصوّر قال البزازي: وعليه الفتوى وذكر له في الفصول صوراً. وأما صدقته فكهبته إلا إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح. وإذا عرف هذا فهبة المشاع فيما لا ينقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لا يستحق المطالبة بالقسمة لأنها لا تمكن. وأما المهايأة فلا تجب في ظاهر الرواية لأنها إعارة فإن كل واحد منهما يصير معيراً نصيبه من صاحبه والجبر على الإعارة غير مشروع، وفي رواية تجب. ثم الحد الفاصل بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها أن كل ما كان مشتركاً بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فإن كان للقاضي أن يجبر الآبي على القسمة فهو مما يحتملها كالدار والبيت الكبير، وإن كان مما لا يجبره فهو مما لا يحتملها كالعبد والحمام والبيت الصغير والحائط. ويشترط في صحة هبة المشاع الذي لا يحتملها أن يكون قدراً معلوماً حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلمه به لم يجز لأنها جهالة توجب المنازعة، ومما لا يحتملها الدرهم الصحيح حتى لو وهب درهماً صحيحاً لرجلين صح. ولو كان معه درهمان فقال لرجل وهبت لك درهماً منهما، فإن كانا مستويين لم تجز الهبة إلا أن يفرز أحدهما، وإن كانا مختلفين يجوز لعدم احتمالهما، فأما في المقطعة فلا تجوز إلا بالإفراز. ولو كان عبد بين رجلين فوهب أحدهما لهذا العبد شيئاً، فإن كان يحتمل القسمة لا تصح أصلاً، وإن كان لا يحتملها صحت في نصيب صاحبه. ولو وهب أحد الشريكين حصته من المربح لآخر، فإن كان المال قائماً لم يصح لاحتماله القسم، وإن كان مستهلكاً صح لأن الدين لا يحتملها؛ كذا في المحيط. وفي الصحاح: يقال سهم شائع أي غير مقسوم. وأراد المصنف بالشيوع المانع الشيوع المقارن للعقد لا الطارئ كأن يرجع الواهب في بعض الهبة شائعاً فإنه لا يفسدها، أما الاستحقاق فيفسد الكل لأنه مقارن لا طارئ. قيدنا بالهبة لأن الرهن يبطله الشيوع الطارئ كالمقارن؛ كذا في النهاية قوله: **(فإن قسمه وسلمه صح)** أي لو وهب مشاعاً يقسم ثم قسمه وسلمه صح وملكه لأن التمام بالقبض وعنده لا شيوع فأفاد أنه لو قبضه مشاعاً لا يملكه فلا

لا سيما فيما لا يقسم؛ نص عليه في عامة الكتب قوله: **(ويشترط في صحة هبة المشاع الخ)** في الهندية: لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز فإن علمه الموهوب له ينبغي أن يجوز عند الإمام دونهما. وفيها قبل ذلك: جميع ما أملكه لفلان يكون هبة لا تجوز بدون القبض. وفي منية المفتي: قال وهبت نصيبي من هذه الدار والموهوب له لا يعلم كم نصيبه صحت اهـ. ولعل المتفاحش جهالته لا تصح هبته كقوله وهبتك شيئاً من مالي أو من كذا؛ كذا بخط السائحاني. قلت: وفي التتارخانية مثل ما في المنية.

. . . .

ينفذ تصرفه فيه لأنها هبة فاسدة مآلاً وهي مضمونة بالقبض، ولا تفيد الملك للموهوب له وهو المختار فلو باعه الموهوب له لا يصح؛ كذا في المبتغى بالمعجمة. وأفاد أنه لو دفع درهمين إلى رجل وقال أحدهما هبة لك والآخر أمانة عندك فهلكا جميعاً يضمن درهم الهبة وهو في الآخر أمين؛ كذا في فتاوى قاضيخان وأفاد أنه لو وهب نصف الدار من رجل ولم يسلم ثم وهب النصف الباقي لذلك الرجل فسلم جميع الدار منه جملة يجوز، وأفاد أنه لو وهب نصف الدار لرجل فسلم ثم وهب النصف الباقي لذلك الرجل فسلم فكلا العقدين فاسد كما صرح به الأسبيجابي. وبما ذكره هنا علم أن قوله تصح في محوز مقسوم معناه أنها تملك بهذه الشروط لا أن الصحة متوقفة على القسمة لأنه لو وهب شائعاً يقسم تصح الهبة من غير ملك ولهذا لو قبضه مقسوماً ملكه، ولو كان شرطاً للصحة لاحتيج إلى تجديد العقد كما لا يخفى.

قوله: **(وإن وهب دقيقاً في بر لا وإن طحن وسلم)** أي لا يصح الهبة وأشار به إلى أن هبة المعدوم تقع باطلة فلا تعود صحيحة بالتسليم فدخل فيه ما لو وهب دهناً في سمسم أو سمناً في لبن أو حمل جارية، وخرج عنه اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم، والزرع والنخل في الأرض، والتمر في النخل، والدار التي فيها متاع الواهب، والجولق الذي فيه الدقيق، أو السرج أو اللجام دون الدابة، أو حلي الجارية دونها، أو دابة وله عليها حمل، أو قمقمة فيها ماء دونه، فإنه كالمشاع يصح، ويملك إذا فصله وسلمه. ويعتبر الإذن بالقبض بعد الفراغ ولا يعتد بالإذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله بخلاف ما لو وهب المتاع الذي في الدار وسلمها معه، أو الدقيق في الجوالق وسلمها، أو دابة مسرجة ملجمة دونهما، أو جارية عليها حلي دونه، أو حملاً على دابة دونها وسلمهما، أو ماء في قمقمة دونها، أو دارها ولها فيها أمتعة وهو ساكن فيها حيث يجوز. وإن وهب داراً فيها متاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضاً جازت في المتاع خاصة، وإن بدأ فوهب له المتاع وقبض الدار والمتاع ثم وهب الدار جازت الهبة فيهما لأنه حيث هبة الدار لم يكن للواهب فيها شيء وحين هبة

قوله: **(وأفاد أنه لو وهب نصف الدار الخ)** قال في جامع الفصولين برمز فتاوى القاضي ظهير: ويشترط كون الموهوب مقسوماً مفرزاً وقت القبض لا وقت الهبة حتى لو وهب نصف دار شائعاً ولم يسلم حتى وهب النصف الآخر وسلم الكل جاز اهـ. ثم رمز لخواهر زاده: الشيوع حالة القبض يمنع الهبة وحالة العقد لا يمنع، والتخلية في الهبة الصحيح قبض لا في الفاسدة اهـ قوله: **(بخلاف ما لو وهب المتاع الخ)** (فقط) أي فتاوى القاضي ظهير: جاز هبة الشاغل لا المشغول، والأصل أن اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة إذ القبض شرط أما اشتغال ملك الواهب بالموهوب فلا يمنعه. (ت) أي الزيادات: وهبه دابة مسرجة بدون سرجها ولجامها وسامها كذلك لم يجز لاشتغالها بهما، وجاز عكسه لعدم اشتغالهما بها وعلى هذا الرهن. قال صاحب جامع الفصولين

السمسم والسمن في اللبن وملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له وهبة الأب

المتاع في الأول زال المانع عن قبض الدار لكن لم يوجد بعد ذلك فعل في الدار ليتم قبضه فيها فلا ينقلب القبض الأول صحيحاً في حقها؛ كذا في المحيط. وقيدنا بكون الدار الموهوبة مشغولة بمتاع الواهب لأنه لو تبين أن المتاع مستحق للغير صحت الهبة لأن يد غيره قاصرة عنها فلم يظهر أنها مشغولة بمتاع الواهب كما لو كان فيها متاع غصبه الواهب أو الموهوب له، فلو هلك المتاع ثم ظهر الاستحقاق إن شاء المستحق ضمن الواهب، وإن شاء ضمن الموهوب له عوضه عنها أولاً في قولهم جميعاً وهو الصحيح؛ كذا في المحيط قوله: **(وملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له)** يعني يملك الموهوب له العين من غير اشتراط تجديد القبض إذا كانت في يده لحصول الشرط، أطلقه فشمل ما إذا كانت في يده أمانة أو مضمونة ولو وديعة لأنه بعد الهبة لم يكن عاملاً للمالك فاعتبرت يده الحقيقية، والأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإذا تغاير أناب الأعلى عن الأدنى لا عكسه فناب قبض المغصوب والمبيع فاسداً عن قبض البيع الصحيح ولا ينوب قبض الأمانة عنه. وفي الكافي من باب المتفرقات: تقابضا فتقايلا فاشترى أحدهما ما أقال صار قابضاً بنفس العقد لأن العرضين قائمان فكان كل واحد مضموناً بقيمة نفسه كالمغصوب ولو هلك أحدهما فتقايلا ثم جدد العقد في القائم لا يصير قابضاً بنفس العقد لأنه يصير مضموناً بقيمة العرض الآخر فشابه الموهون اهـ. وذكر فروعاً تتعلق بالقبضين فراجعها قوله: **(وهبة الأب لطفله تتم**

أقول: فيه نظر إذ الدابة شاغلة للسرج واللجام لا مشغولة. (صل) أي الأصل عكس في هاتين الصورتين. يقول الحقير: الظاهر أن هذا هو الصواب كما لا يخفى على ذوي الألباب؛ نور العين.

قوله: **(وقيدنا بكون الدار الموهوبة مشغولة الخ)** (ت) رمز الزيادات: جاز هبة المشغول بملك غير الواهب فلو أعار بيتاً فوضع فيه المعير أن المستعير متاعاً غصبه ثم وهب البيت من المستعير جاز، وكذا لو وهب بيتاً بما فيه أو جوالقاً بما فيه من المتاع وسلم ثم استحق المتاع جاز في الدار والجوالق إذ يد الواهب كانت ثابتة على البيت والمتاع جميعاً حقيقة فصح التسليم، ثم بالاستحقاق ظهر أن المتاع لغيره ولم يظهر أن البيت مشغول بملك الواهب وهو المانع، وكذا الرهن والصدقة إذ القبض شرط تمامها كالهبة. أقول في الفصولين: استدل بهذه المسائل على جواز هبة المشغول بملك غير الواهب، وقد صرح في زيادات قاضيخان أن الاشتغال بملك غير الموهوب له يمنع صحة الهبة، سواء كان ملك الواهب أو غيره، لكن الهبة إنما تمتنع إذا كان الاشتغال بمتاع في يد الواهب أو في يد غير الموهوب له، أما إذا كان المتاع في يد الموهوب له بغصب أو عارية أو غير ذلك فلا تمتنع، واستدل عليه بما مر من مسائل الإجارة والغصب والاستحقاق، فظهر أن الأصل أن الهبة إذا كانت مشغولة بملك الواهب أو بملك غير الموهوب له تمنع الهبة إذا لم يكن في يد الموهوب له، وقد قررته في شرح لطائف الإشارات؛ كذا في جامع الفصولين وأقره في نور العين.

....

بالعقد) لأن قبض الأب ينوب عنه. وشمل كلامه ما إذا كانت في يد مودع الأب لأن يده كيده بخلاف ما إذا كانت في يد الغاصب أو المرتهن أو المستأجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لأن قبضهم لأنفسهم. وشمل ما إذا لم يشهد، فإن الإشهاد ليس بشرط لصحتها، وما في الكافي للحاكم من إشهاد الأب عليها فللاحتياط للتحرز عن جحوده أو جحود ورثته. وشمل ما إذا لم يقبل الأب لأن الأب يتولاه فاكتفى فيه بالإيجاب كبيع ماله من ابنه الصغير. وشمل ما إذا كان عبداً آبقاً أو أرسله في حاجته فوهبه له قبل عوده فإنها صحيحة، وشمل ما إذا كانت داراً مشغولة بمتاع الأب فإنه لا يمنع كما إذا كان ساكناً فيها. وأراد بالأب من له ولاية عليه في الجملة فشمل الأم إذا وهبت ولا ولي له ولا وصي وكل من يعوله لوجود الولاية في التأديب والتسليم في الصناعة فدخل الأخ والعم عند غيبة الأب غيبة منقطة إذا كان في عيالهم، وإذا علم الحكم في الهبة علم في الصدقة بالأولى. وقيد بالطفل لأن الهبة للولد الكبير لا تتم إلا بقبضه ولو كان في عياله؛ كذا في المحيط. وأطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان فاستفيد منه أن الأم لو وهبت مهرها لولدها قبل أن تقبضه لا يتم إلا بقبض الولد بعد أن تسلطه عليه؛ كذا في فتاوى قاضيخان.

فروع: يكره تفضيل بعض الأولاد على البعض في الهبة حالة الصحة إلا لزيادة فضل له في الدين، وإن وهب ماله كله لواحد جاز قضاء وهو آثم؛ كذا في المحيط. وفي فتاوى قاضيخان: رجل أمر شريكه بأن يدفع إلى ولده مالاً فامتنع الشريك عن الأداء كان للابن أن يخاصمه إن لم يكن على وجه الهبة، وإن كان على وجهها لا لأنه في الأول وكيل عن الأب، وفي الثاني لا وهي غير تامة لعدم الملك لعدم القبض. وفي الخلاصة: المختار التسوية بين الذكر والأنثى في الهبة، ولو كان ولده فاسقاً فأراد أن يصرف ماله إلى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث هذا خير من تركه لأن فيه إعانه على المعصية، ولو كان ولده فاسقاً لا يعطى له أكثر من قوته، ولو اتخذ لولده ثياباً ثم أراد أن يدفع إلى آخر ليس له ذلك إلا أن يبين وقت الاتخاذ أنه عارية، وكذا لو اتخذ لتلميذه ثياباً فأراد أن يدفع إلى غيره، وإن أراد الاحتياط يبين أنها عارية حتى يمكنه أن يدفع إلى غيره اهـ. وفي المبتغى بالغين المعجمة من آخره: من صنع

قوله: **(وشمل ما إذا كانت دار مشغولة بمتاع الأب الخ)** قال الرملي: وكذا إذا وهبت المرأة دارها لزوجها وهي ساكنة فيها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها حيث يصح كما في التجنيس اهـ. وفي فتاوى أبي الليث: رجل وهب لابنه الصغير داراً والدار مشغولة بمتاع الواهب جاز. وفي العتابية: وهو المأخوذ به وعليه الفتوى. (م): وسيأتي بعد هذا عن أبي حنيفة وأبي يوسف ما يخالف هذا. وفي المنتقى عند محمد: رجل وهب داراً لابنه الصغير وفيها ساكن بأجر قال لا يجوز، ولو كان بغير أجر أو كان فيها يعين الواهب فالهبة جائزة؛ كذا في التتارخانية قوله: **(ولو اتخذ لولده ثياباً الخ)**

لطفلة تتم بالعقد وإن وهب له أجنبي يتم بقبض وليه وأمه وأجنبي لو في حجرهما

لولده ثياباً قبل أن يولد ليوضع عليها نحو الملحفة والوسادة ثم ولدته امرأته ووضع عليها ثم مات الولد لا تكون الثياب ميراثاً ما لم يقر أن الثياب ملك الولد بخلاف ثياب البدن فإنه يملكها إذا لبسها كمن قال إن فلاناً كان لابساً فهو إقرار له بخلاف ما إذا قال كان قاعداً على هذا البساط أو نائماً عليه لا يكون مقراً له بذلك اهـ قوله: **(وإن وهب له أجنبي يتم بقبض وليه)** لأن للولي ولاية التصرف في ماله وقبضها منه. أراد بالولي هنا واحداً من أربعة وهو الأب ووصيه، والجد ووصيه على هذا الترتيب. وأطلقه فشمل ما إذا كان في حجره أو لا. ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم، سواء كان الصغير في عيال القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرم أو أجنبياً. والمراد بالوجود الحضور فلو غاب غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه إلى الولاية؛ كذا في الخلاصة. ويباح للوالدين أن يأكلا من المأكول الموهوب للصغير؛ كذا في الخلاصة أيضاً فأفاد أن غير المأكول لا يباح لهما إلا عند الاحتياج كما لا يخفى. وأشار المؤلف إلى أن ما علم أنه وهب للصغير يكون ملكاً له، أما لو اتخذ الأب وليمة للختان فأهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدي الولد، فإن كانت الهبة تصلح للصبي مثل ثياب الصبيان أو شيء يستعمله الصبيان فالهدية للصبي، وإن كانت غير تلك كالدراهم والدنانير والحيوان ومتاع البيت ينظر إلى المهدي: إن كان من أقرباء الأب أو معارفه فهو للأب، وإن كان من أقرباء الأم أو معارفها فهو للأم، وسواء كان المهدي يقول عند الهدية هذا للصبي أو لم يقل. وكذا لو اتخذ الوليمة لزفاف بنته إلى بيت زوجها فأهدى أقرباء الزوج أو المرأة. وهذا إذا لم يقل المهدي أهديت للأب أو للأم وتعذر الرجوع إلى قوله، أما إذا قال شيئاً فالقول قوله؛ كذا في الخلاصة اهـ.قوله: **(وأمه وأجنبي لو في حجرهما)** أي وتتم الهبة بقبض الأم أو الأجنبي بشرط أن يكون في حجر القابض لأن للأم الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله وللأجنبي يد معتبرة ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما تمحض نفعاً في حقه. وليس مراد المصنف رحمه الله قصر الحكم على الأم والأجنبي بل كل غريب غير الأب والجد ووصيهما كالأم يتم بقبضه إن كان الصغير في عياله وإلا فلا. ودخل الملتقط في الأجنبي فإن له أن يقبض هبة اللقيط إن كان في عياله وليس له أحد سواه؛ كذا في فتاوى قاضيخان. وأشار المصنف إلى أن للأجنبي أن يسلم الولد الذي في حجره في صناعة كقبضه ما وهب له وإن لم يكن وصياً؛ كذا في الخلاصة. وقيد بقبض الهبة لأنه إذا قبضها الأجنبي أو غيره غير الأربعة المتقدمة ليس له الإنفاق منها؛ كذا في

قال الرملي: وفي الحاوي الزاهدي برمز (بم): دفع لولده الصغير قرصاً فأكل نصفه ثم أخذه منه ودفعه لآخر يضمنه إذا كان دفعه لولده على وجه التمليك، وإذا دفعه على وجه الإباحة لا يضمن. قال: عرف به أن مجرد الدفع من الأب إلى الصغير لا يكون تمليكاً وأنه حسن اهـ.

وبقبضه إن عقل ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب بعد الزفاف ولو وهب اثنان دار الواحد صح لا عكسه وصح تصدق عشرة وهبتها لفقيرين لا لغنيين.

الخلاصة من الإجارات. قوله: **(وبقبضه إن عقل)** أي تتم هبة الأجنبي للصغير بقبض الصغير إن كان عاقلاً لأنه نافع في حقه وهو من أهله، والمراد من العقل هنا أن يكون مميزاً يعقل التحصيل. أطلق المصنف رحمه الله تعالى فشمل ما إذا كان الأب حياً أو ميتاً كما صرح به في الخلاصة. وأشار إلى أنه كما يتم بقبضه يصح رده ولهذا قال في المبتغي بالمعجمة؛ من وهب لصغير يعبر عن نفسه شيئاً فرده يصح كما يصح قبوله، وفي المبسوط: من وهب للصغير شيئاً له أن يرجع فيه وليس للأب التعويض من مال الصغير اهـ. وفي فتاوى قاضيخان: ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته اهـ. وقيد بالهبة لأن المديون لو دفع ما عليه للصبي ومستأجره لو دفع الأجرة إليه لا يصح، وأفاد أنه تصح الهبة للصغير الذي لا يعقل ويقبضه وليه. وأشار بإطلاقه إلى أن الموهوب لو كان مديوناً للصغير تصح الهبة ويسقط الدين كما صرح به قاضيخان في فتاواه. قوله: **(ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب بعد الزفاف)** لتفويض الأب أمورها إليه دلالة. قيد بالصغيره لأنه لا يملك قبض ما وهب لزوجته البالغة كما لا يملكه الأب. وقيد بكونه بعد الزفاف لأنه لا يملكه قبله، وعلل الشارح له بأنه لا يعولها قبله فاستفيد منه أنها لو كانت ممن تقدر على الجماع وكان المانع من الدخول من قبله جاز قبضه قبله لأنه حينئذ يعولها، لكن ذكر صاحب النهاية علة مركبة من شيئين وهو أنه بعد الزفاف يعولها وله عليها يد مستحقة ففي المسألة المفروضة وإن كان يعلوها ليس له عليها يد مستحقة فانتفى الحكم مطلقاً كما لا يخفى. وأطلق المصنف فأفاد أنه يملك القبض بعد الزفاف حال حياة الأب أيضاً بخلاف الأم ومن بمعناها كما تقدم. وأشار إلى أنه لا فرق بين كونها ممن تجامع أو لا وهو الصحيح، وأشار بقوله «يجوز» إلى أن الأب لو قبضها جاز، وإلى أنه لو قبضتها جاز أيضاً إن كانت عاقلة. وقيد بقوله ما وهب لأنه لا يملك قبض ديونها مطلقاً، وقيد بالصغير والصغيرة لأن ما وهب للعبد المحجور لا يملك المولى قبضه وإنما يملكه العبد وإذا قبضه ملكه المولى لأنه كسب عبده، وكذا المكاتب لكن لا يملكه المولى لأنه أحق بإكسابه؛ كذا في المحيط.

قوله: **(ولو وهب اثنان دار الواحد صح)** لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع قوله: **(لا عكسه)** وهو أن يهب واحد من اثنين كبيرين ولم يبين نصيب كل واحد عند أبي حنيفة لأنه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل أنه لو قبل أحدهما فيما لا يقسم صحت في حصته دون الآخر فعلم أنها عقدان بخلاف البيع فإنه لو قبل أحدهما فإنه لا يصح لأنه عقد واحد. وقالا: يجوز نظراً إلى أنه عقد واحد فلا شيوع. قيد بالهبة لأن الرهن من رجلين والإجارة من اثنين جائز اتفاقاً. وقيد بكون الواهب واحداً لأن الواهب لو كان اثنين

. . . .

والموهوب له كذلك على أن يكون نصيب أحدهما لأحدهما بعينه ونصيب الآخر للآخر لا يجوز اتفاقاً؛ كذا في النهاية. وقيدنا بكون الموهوب لهما كبيرين لأنه لو وهب داراً من اثنين أحدهما صغير والآخر كبير والصغير في عياله لم تجز الهبة اتفاقاً لأنه حين وهب صار قابضاً حصة الصغير فبقي النصف الآخر شائعاً؛ كذا في المحيط. وقيدنا بعدم البيان لأنه لو بين بأن قال لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها أو لهذا نصفها ولهذا نصفها لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وإن قبضه. وقال محمد: يجوز إن قبضه. وقيدنا بالدار ومراده منها ما يحتمل القسمة لأن ما لا يحتملها كالبيت يجوز اتفاقاً. وقيد بكون الموهوب له اثنين لأنه لو كان واحداً فوكل اثنين بقبضها فقبضاها جاز؛ كذا في فتاوى قاضيخان قوله: **(وصح تصدق عشرة وهبتها لفقيرين لا لغنيين)** أي لا يجوز التصدق بها على غنيين ولا هبتها لهما. والفرق أن الصدقة يراد بها

قوله: **(وقيدنا بكون الموهوب لهما كبيرين الخ)** قال الرملي: التقييد لا يفيد إلا الإشارة إلى خلافهما فكان الأولى أن لا يذكره ويقول أطلق الاثنين فأفاد أنه لا فرق بين أن يكونا كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيراً والآخر صغيراً وفي الأولين خلافهما تأمل قوله: **(لأنه لو وهب داراً من اثنين الخ)** قال الرملي: ظاهر هذا أنهما لو كانا صغيرين في عياله جاز، وفي البزازية ما يدل عليه ولكن هذا كله على قولهما لا على قوله لما صرح به في الخانية فراجعه إن شئت. وأصل الوهم أن صاحب المنتقى ذكر الحكم في مسألة الاثنين الصغير والكبير غير مضاف إلى أحد فتوهم أنه قول الكل ولو كان كذلك لبطل إطلاق المتون في قوله لا عكسه تأمل اهـ. أقول: نص عبارة الخانية هكذا: ولو وهب داراً لابنين له أحدهما صغير في عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل بخلاف ما لو وهب من كبيرين وسلم إليهما جملة فإنه الهبة جائزة عند أبي يوسف ومحمد لأن في الكبيرين لم يوجد الشيوع لا وقت العقد ولا وقت البعض، وأما إذا كان أحدهما صغيراً فكما وهب يصير الأب قابضاً حصة الصغير فيتمكن الشيوع وقت القبض اهـ. وأنت خبير بأن إظهار الفرق بين المسألتين مبني على قول الصاحبين القائلين بجوازها للكبيرين مع موافقتهما الإمام بعدم جوازها لكبير وصغير بدليل قوله كانت الهبة فاسدة عند الكل، فليست مسألة الكبير والصغير مبنية على قولهما فقط، فما فهمه المؤلف من عبارة صاحب المنتقى أنها قول الكل صحيح لا وهم فيه، وعبارة المتون لا تنافيه كما لا يخفى على نبيه. نعم إذا قلنا إذا كان الولدان صغيرين تجوز الهبة يكون مخالفاً لإطلاق المتون عدم جواز هبة واحد من اثنين، ولكن إذا تأمل الفقيه في علة عدم الجواز على قول الإمام وهي تحقق الشيوع يجزم بتقييد كلام المتون بغير ما إذا كانا صغيرين لأن الأب إذا وهب منهما تحقق القبض منه لهما بمجرد العقد بخلاف ما إذا كان أحدهما كبيراً فإن قبض الكبير يتأخر عن العقد فيتحقق الشيوع عند قبضه كما مر عن الخانية. وعبارة البزازية أوضح في إفادة المراد حيث قال: لأن هبة الصغير منعقدة حال مباشرة الهبة لقيام قبض الأب مقام قبضه وهبة الكبير محتاجة إلى قبول فسبقت هبة الصغير فتمكن الشيوع، والحيلة أن يسلم الدار إلى الكبير ويهبها منهما اهـ. أي فإذا سلمها إلى الكبير أولاً ثم وهبها

باب الرجوع في الهبة

صح الرجوع فيها ومنع الرجوع دمع خزقه فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبناء

وجه الله وهو واحد فلا شيوع، والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان، والصدقة على الغني مجاز عن الهبة كالهبة من الفقير مجاز عن الصدقة لأن بينهما اتصالاً معنوياً وهو إن كل واحد منهما تمليك بغير بدل فيجوز استعارة أحدهما للآخر، فالهبة للفقير لا توجب الرجوع، والصدقة على الغني تجوز الرجوع. وصحح في الهداية ما ذكره المصنف من الفرق وهو رواية الجامع الصغير وقد علم بما قدمناه أن المراد من نفي الصحة هنا نفي الملك فلو قسمها وسلمها لهما صحت وملكاها كما لا يخفى والله أعلم.

باب الرجوع في الهبة

لا خفاء في حسن تأخيره قوله: **(صح الرجوع فيها)** يعني صح الرجوع في الهبة بعد القبض إذا لم يمنع مانع من الموانع الآتية. والمراد من الهبة الموهوب لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان لا في حق الأقوال. وأشار بذكر الصحة دون الجواز إلى أنه يكره الرجوع فيها، وظاهر كلام المبسوط وتبعه في النهاية أنها كراهة تنزيه فإنه قال: إنه غير مستحب. ومقتضى دليل الشافعي القائل بعدم الرجوع إلا فيما يهب الوالد لولده أنها كراهة تحريم وهو ما رواه أصحاب السنن الأربعة مرفوعاً «لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يرجع في قيئه فإنه يأكل حتى يشبع، فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه»(١) ونقل تصحيحه الحافظ

منهما تحقق القبضان معاً وقت العقد فلم يتمكن الشيوع، ومقتضاه أنه لو سلمها للكبيرين ثم وهبها منهما تصح فليراجع. قوله: **(فلا شيوع)** أشار بنفي الشيوع في هذه الصورة إلى أن الشيوع إذا تحقق في الصدقة يفسدها لأنها كالهبة في ذلك كما سيأتي آخر الباب، فإذا تصدق ببعض ما يحتمل القسمة على فقير واحد لم يصح لتحقق الشيوع بخلاف التصدق بكله على فقيرين لما علمته من عدم الشيوع.

باب الرجوع في الهبة

قوله: **(فإنه قال إنه غير مستحب)** قد يقال إن ما كان غير محبوب شرعاً كان مكروهاً فمعنى غير مستحب كونه مكروهاً ومطلق الكراهة للتحريم، ويدل له تعبير الزيلعي بأنه قبيح كما يأتي ولا سيما وقد وجد دليل خاص من السنة على التحريم وهو الحديث الآتي.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الهبة باب ٣٠. مسلم في كتاب الهبات حديث ٧، ٨. أبو داود في كتاب البيوع باب ٨١. النسائي في كتاب الهبة باب ٢ـ ٤. أحمد في مسنده (١/ ٢١٧، ٢٥٠، ٢٩١).

....

الزيلعي. فإن بهذا يحصل الجمع بين هذا وبين ما استدل به أئمتنا لصحته وهو ما رواه الحاكم وصححه مرفوعاً «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها» أي لم يعوض. ويدل على أنها كراهة تحريم قول الشارح إن الرجوع قبيح ولا يقال للمكروه تنزيهاً قبيح لأنه من قبيل المباح أو قريب منه. وقد يقال: إن الحديث المفيد لعدم الحل محمول على ما إذا كان بغير قضاء ولا رضا كما أشار إليه في المحيط. وشمل كلامه ما إذا قال الواهب أسقطت حقي من الرجوع فإنه لا يسقط حقه وله الرجوع؛ كذا في فتاوى قاضيخان. وشمل كلامه ما إذا قال الواهب أسقطت حقي من الرجوع فإنه لا يسقط حقه وله الرجوع؛ كذا في فتاوى قاضيخان. وشمل ما إذا قال لآخر هب لفلان عني ألف درهم فوهب المأمور كما أمر كانت الهبة من الآمر ولا يرجع المأمور على الآمر ولا على القابض، وللآمر أن يرجع في الهبة والدافع يكون متطوعاً. ولو قال هب لفلان ألف درهم على أني ضامن ففعل جازت الهبة ويضمن الآمر للمأمور والآمر أن يرجع في الهبة ولا يرجع الدافع، كذا في فتاوى قاضيخان من باب الكفالة بالمال. وأطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان فلا رجوع في هبة الدين للمديون بعد القبول بخلافه قبله لكونها إسقاطاً كما قدمناه. وشمل كلامه ما إذا وهبا عبداً فلأحدهم الرجوع في نصيبه مع غيبة صاحبه لأن الشيوع لا يمنع فسخها بدليل أن للواهب أن يرجع في بعضها؛ كذا في المحيط. وفي فتاوى قاضيخان: الواهب إذا اشترى الهبة من الموهوب له قالوا: لا ينبغي له أن يشتري لأن الموهوب له يستحي من المالك فيصير مشترياً بأقل من قيمته إلا الوالد إذا وهب لولده شيئاً لأن شفقته على ولده تمنعه من الشراء بأقل من قيمته قوله: **(ومنع الرجوع دمع خزقه)** أي ومنع الرجوع في الموهوب الموانع السبعة الآتي تفصيلها.

قوله: **(فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن)** أي حرف الدال إشارة إلى أن الزيادة المتصلة تمنع ولو زالت قبل الرجوع كما إذا شب الصغير ثم شاخ لأنه لا وجه إلى

قوله: **(فلا رجوع في هبة الدين للمديون بعد القبول بخلافه قبله)** لا يخفى أن الكلام في رجوع الواهب وهذا في رد الموهوب له ولا رجوع للواهب هنا مطلقاً. قال في المنظومة الوهبانية:

وواهب دين ليس يرجع مطلقاً

قوله: **(لأن النقصان كالحبل الخ)** قال الرملي: وفي السراج الوهاج: ولو وهب له جارية فحبلت في يد الموهوب له فأراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد لم يكن له ذلك لأنها متصلة بزيادة لم تكن موهوبة لأن الولد يحدث جزءاً فجزءاً فلا يصل إلى الرجوع فيما وهب إلا بالرجوع فيما لم يهب كالزيادة المتصلة اهـ. وقد ذكر الزيلعي أن الحبل لو لم تزد به فللواهب الرجوع فيها لأنه نقصان فتأمل ما بينهما اهـ. قلت: وذكر في النهر في باب خيار العيب أن الحبل عيب في بنات آدم لا في البهائم قوله: **(وقد ذكر قاضيخان في فتاواه ما يخالف بعضه)** ومنه قوله ولو وهب عبداً صغيراً فشب وصار

....

الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان، ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد. قيد بالزيادة لأن النقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب له أولاً غير مانع. وقيد بالمتصلة لأن المنفصلة كالولد والأرش والعقر غير مانع من الرجوع في الأصل والزيادة للموهوب له بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد. ومراده الزيادة في العين الموجبة لزيادة القيمة فدخل الجمال والخياطة والصبغ وزيادة القيمة بالنقل من مكان إلى مكان وإسلام العبد وعفو ولي الجناية عنه وسماع الأصم وإبصار الأعمى، وخرج الزيادة من حيث السعر فله الرجوع، والزيادة في العين فقط كطول الغلام وفداء الموهوب له لو كان الموهوب جنى خطأ وتعليمه القرآن أو الكتابة أو الصنعة والبناء والغرس إذا كان لا يوجب زيادة في الأرض كبناء تنور الخبز في غير محله، وإن كان يوجب في قطعه منها امتنع فيها فقط. هذا حاصل ما ذكره الشارح هنا، وقد ذكر قاضيخان في فتاواه ما يخالف بعضه فذكر أن الزيادة لو ذهبت كان للواهب أن يرجع في هبته. ولو علمه القرآن أو الكتابة أو القراءة أو كانت أعجمية فعلمها الكلام أو شيئاً من الحروف لا يرجع الواهب في هبته لحدوث الزيادة في العين. وذكر في المحيط الأولى بلا خلاف والثانية على خلاف، والمسألة الأولى مذكور في الكافي للحاكم الشهيد ثم قال: ولو وهب جارية في دار الحرب فأخرجها الموهوب له إلى دار الإسلام ليس له الرجوع وقصارة الثوب زيادة بخلاف غسله وفتله إن لم يزد في الثمن. ولو قطعت يده وأخذ الموهوب له أرشه كان للواهب أن يرجع ولا يأخذ الأرش، ولو مرض عنده فداواه لا يمتنع الرجوع بخلاف ما لو كان مريضاً فداواه فإنه يمتنع؛ كذا في المحيط. وذكر الشارح أنهما لو اختلفا في الزيادة كان القول للواهب لأنه ينكر لزوم العقد. وذكر في فتاوى قاضيخان تفصيلاً حسناً وهو أن الزيادة المتولدة ككبر الجارية الصغيرة إذا أنكر الواهب وجودها عند الموهوب له كان القول قوله. وأما في البناء والخياطة ونحوها كان القول قول الموهوب له، وهكذا في المحيط إلا أنه استثنى ما إذا كان لا يبنى في مثل تلك المدة قال:

رجلاً طويلاً لا يرجع الواهب فيه لأن الزيادة في البدن تمنع الرجوع وإن كانت تنقص القيمة قوله: **(ولو علمه القرآن الخ)** قال في التتارخانية وفي واقعات الناطفي: رجل وهب لرجل جارية فعلمها القرآن والكتابة أو المشط ليس له أن يرجع هو المختار قوله: **(والمسألة الأولى مذكورة في الكافي)** قال في غاية البيان وقال في الكافي: رجل وهب لرجل أرضاً فبنى فيها الموهوب له بناء ثم أراد الواهب الرجوع فخاصمه إلى القاضي فقال له القاضي ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له كان للواهب أن يرجع فيها. قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي: يريد به أن قول القاضي لم يقع قضاء حتى لا ينقض وإنما وقع فتوى بناء على مانع فإذا زال المانع تغير الحكم اهـ. ومثله في التتارخانية عن المحيط.

والسمن والميم موت أحد المتعاقدين والعين العوض فإن قال خذه عوض هبتك أو

وكذلك في الصبغ ولت السويق بسمن لأنها مما يقبل الانفكاك والمدعي يدعي أنه وهب له هذه الزيادة والموهوب له منكر فيكون القول قوله. ونقط المصحف بإعرابه زيادة مانعة من الرجوع، وقطع الشجرة من مكانها غير مانع كجعلها حطباً بخلاف جعلها أبواباً وجذوعاً، وذبحها عن أضحية أو هدي أو غيرهما لا يمنع. وفي المحيط: وهب ثوباً فشقه نصفين وخاط نصفه قباء له أن يرجع في النصف الباقي لأنه لا مانع في النصف الباقي، ولو وهب حلقة فركب فيها فصاً إن كان لا يمكن نزعه إلا بضرر لا يرجع، وإن كان يمكن بغير ضرر يرجع، وإن وهب له ورقة فكتب فيها سورة أو بعض سورة يرجع لأنه لا يزيد في ثمنه، وإن قطعه مصحفاً وكتب لا يرجع لأنه يزيد في الثمن، وإن كانت دفاتر ثم كتب فيها فقهاً أو حديثاً أو شعراً إن كان يزيد في ثمنه لا يرجع وإن نقص يرجع.

قوله: **(والميم موت أحد المتعاقدين)** يعني حرف الميم إشارة إلى أن موت أحدهما مانع إذا كان بعد التسليم لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال حياته، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه وهو مجرد خيار فلا يورث كخيار الشرط بخلاف خيار العيب كما عرف. قيدنا بكونه بعد التسليم لأنه لو مات أحدهما قبله بطلت لعدم الملك ورجوع المستأمن إلى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها كالموت، فإن كان الحربي أذن للمسلم في قبضه وقبضه بعد رجوعه إلى دار الحرب جاز استحساناً بخلاف قبضه بعد موت الواهب؛ كذا في المبسوط. وفي المحيط: ولو قال رجل وهب لك وارثي هذا العبد فلم تقبضه في حياته وإنما قبضته بعد وفاته وقال الموهوب له بل قبضت في حياته والعبد في يد الوارث فالقول قول الوارث لأن القابض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض قوله: **(والعين العوض فإن قال خذه عوض هبتك أو بدلها أو بمقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع)** لما تقدم في الحديث من قوله «ما لم يثب عنها». وأشار بقوله «خذه إلى آخره» إلى أن الشرط في كونه عوضاً أن يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض، فأفاد أنه لو وهب له شيئاً أو تصدق عليه ولم يذكر أنه عوض لا يسقط الرجوع بل لكل منهما أن يرجع في هبته. وأشار بقوله «فقبضه» إلى أنه يشترط في العوض شرائط الهبة من القبض والإفراز فأفاد أنه تمليك جديد وإن سمى عوضاً فدل على أنه يجوز بأقل من الموهوب من جنسه في المقدرات، ولا يجوز للأب أن يعوض عما وهب للصغير من ماله،

قوله: **(وذبحها عن أضحيته الخ)** وفي الخانية: أو بقرة فذبحها فله أن يرجع فيها، وهذا بلا خلاف. وكذا لو ضحى بها أو ذبحها في هدي المتعة فليس له أن يرجع فيها في قول أبي يوسف. وقال محمد: يرجع وتجزئه الأضحية والمتعة ولم ينص على قول أبي حنيفة واختلف المشايخ فيه؛ قال بعضهم إنه كقول محمد وهو الصحيح؛ كذا في التتارخانية.

بدلها أو بمقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع وصح من أجنبي وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض وبعكسه لا حتى يرد ما بقي ولو عوض النصف رجع بما لم

ولو وهب العبد التاجر ثم عوض فلكل منهما الرجوع؛ كذا في المحيط. ولا يصح تعويض المسلم للنصراني من هبة خمراً أو خنزيراً لما أنه لا يصلح تمليكاً من المسلم؛ كذا في المبسوط. ودل ذكر العوض على أنه يشترط أن لا يكون بعض الموهوب فلو عوضه البعض عن الباقي فله أن يرجع في الباقي ولو كان الموهوب شيئين فعوضه أحدهما عن الجميع إن كانا في عقد واحد لم يكن ذلك عوضاً، وإن كانا في عقدين مختلفين في مجلس أو مجلسين فعوضه أحدهما عن الآخر فهو عوض في ظاهر الرواية لأن اختلاف العقد كاختلاف العين. ودقيق الحنطة يصلح عوضاً عنها لكونه حادثاً بالطحن، كذا لو صبغ ثوباً من الثياب الموهوبة أو خاطه أو لت بعض السويق ثم عوضه لأن حقه في الرجوع قد انقطع بهذا الصنع؛ كذا في المبسوط. والمشهود عليه بالهبة إذا ضمن شهوده بعد رجوعهم لا رجوع له على الموهوب له لحصول العوض، وإن لم يضمنهم فله الرجوع؛ ذكره في فتح القدير من الشهادات. ولو وهبه جاريتين فولدت إحداهما فعوضه الولد امتنع الرجوع لأنه ليس له الرجوع في الولد فصلح عوضاً قوله: **(وصح من أجنبي)** أي جاز العوض من أجنبي وسقط حق الواهب في الرجوع إذا قبضه لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح عن إنكار. أطلقه فشمل ما إذا كان بأمر الموهوب له أو بغير أمره ولا رجوع للمعوض على الموهوب له، ولو كان شريكه سواء كان بإذنه أو لا، لأن التعويض ليس بواجب عليه فصار كما لو أمره بأن يتبرع لإنسان إلا إذا قال على أني ضامن بخلاف المديون إذا أمر رجلاً بأن يقضي دينه حيث يرجع عليه وإن لم يضمن لأن الدين واجب عليه فهو كقوله أنفق من مالك على عيالي أو أنفق في بناء داري أو أمر الأسير رجلاً ليشتريه ويخلصه أو ليدفع الفداء ويأخذ منه فإنه يرجع وإن لم يشترط الرجوع؛ ذكره قاضيخان من الكفالة بالمال. وتمامه في كتاب الزكاة. وقد ذكر في الفتاوى الظهيرية هنا أصلاً حسناً لهذه المسائل وهو الأصل في جنس هذه المسائل أن كل ما يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة يكون الأمر بأدائه سبباً للرجوع من غير اشتراط الضمان، وكل ما لا يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة لا يكون الأمر بأدائه سبباً للرجوع إلا بشرط الضمان اهـ. لكن ربما يخرج عنه الأمر بالإنفاق على البناء والأمر بشراء الأسير فليتأمل قوله: **(وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض)** لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه.

قوله: **(وعكسه لا حتى يرد ما بقي)** أي إذا استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع لأنه صلح عوضاً للكل من الابتداء، وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له

يعوض والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له وببيع نصفها رجع بالنصف كعدم بيع شيء والزاي الزوجية فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا والقاف القرابة فلو وهب

فله أن يرده ومراده العوض الذي ليس بمشروط، فأما المشروط فهو مبادلة كما سيأتي فتوزع البدل على المبدل؛ كذا في النهاية. ودل كلامه على أنه لو استحق جميع العوض فللواهب أن يرجع في هبته كأنه لم يعوضه أصلاً إن كانت قائمة، ولا يضمنه إن كانت هالكة. ويشترط أن لا تزاد العين الموهوبة فلو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع؛ كذا في الخلاصة. وإن استحق جميع الهبة كان للموهوب له أن يرجع في جميع العوض إن كان قائماً وبمثله إن هلكت إن كان مثلياً، وبقيمته إن كان قيمياً؛ كذا في غاية البيان قوله: **(ولو عوض النصف رجع بما لم يعوض)** لأن المانع قد خص النصف غاية ما فيه أنه يلزم منه الشيوع في الهبة لكنه طارئ فلا يضره كما قدمناه قوله: **(والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له)** أي حرف الخاء إشارة إلى ذلك لأنه حصل بتسليط الواهب فلا ينقضه ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه وهو كتجدد العين بدليل قصة بريرة رضي الله عنها. وأطلق في الخروج فشمل ما إذا وهب لإنسان دراهم ثم استقرضها منه فإنه لا يرجع فيها لاستهلاكها؛ كذا في فتاوى قاضيخان. وشمل أيضاً ما إذا وهبها الموهوب له فإنه لا رجوع للواهب الأول إلا إذا رجع الثاني فللواهب الأول حينئذ الرجوع، سواء كان بقبض أو تراض؛ كذا في المبسوط. وشمل أيضاً ما لو وهب لمكاتب إنسان ثم عجز المكاتب لم يرجع المالك في الهبة عند محمد لانتقالها من ملك المكاتب إلى ملك مولاه خلافاً لأبي يوسف. وفي المحيط: ولو تصدق به الثالث على الثاني أو باعها منه لم يكن للأوّل أن يرجع لأن هذا ملك جديد لأنه عاد إليه بسبب جديد وحق الرجوع لم يكن ثابتاً في هذا الملك فلا يرجع اهـ. فأفاد أن العين إذا عادت إلى ملك الموهوب له بفسخ كان للأوّل الرجوع، وإن كان بسبب جديد فلا. وأطلق في الخروج عن الملك فانصرف إلى الخروج من كل وجه، فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة أو نذر التصدق بها وصارت لحماً فإنه لا يمتنع الرجوع في الهبة عند أبي حنيفة ومحمد لعدم الخروج عن الملك، وقال أبو يوسف بامتناعه لأنها خرجت عن ملكه إلى الله تعالى؛ كذا في شرح المجمع. ولو ذبحها من غير أضحية يبقى حق الرجوع اتفاقاً قوله: **(وببيع نصفها رجع بالنصف كعدم بيع شيء)** لأن المانع وجد في البعض فيمتنع بقدره كما كان له أن يرجع في النصف، والعين كلها لم تخرج عن ملك الموهوب له لأن له حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه أو بعضه قوله: **(والزاي الزوجية)** أي الزوجية مانعة من الرجوع لأن المقصود فيها الصلة أي الإحسان كما في القرابة. وفي فتاوى قاضيخان من المهر: بعث إلى امرأته متاعاً وبعثت أيضاً ثم افترقا بعد الزفاف وادعى أنه عارية وأراد الاسترداد وأرادت الاسترداد أيضاً يسترد كل ما أعطى لأن المرأة زعمت أن الإعطاء كان عوضاً عن الهبة لم تثبت الهبة فلا يثبت

لذي رحم محرم منه لا يرجع فيها والهاء الهلاك فلو ادعاه صدق وإنما يصح الرجوع

العوض ا هـ. وفي فتاوى قاضيخان: ولو وهبت المرأة شيئاً لزوجها وادعت أنه استكرهها في الهبة تسمع دعواها قوله: (**فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا**) أي لو نكح ثم وهب لا يرجع لأن المعتبر حالة الهبة، وفي الأول لم تكن منكوحة بخلاف الثاني ولهذا لو أبانها بعد الهبة لم يكن له أن يرجع فيها، وقدمنا في باب الصرف من الزكاة ما يخالف الهبة من المسائل المتعلقة بالزوجية كالشهادة والوصية.

قوله: (**والقاف القرابة فلو وهب لذي رحم محرم منه لا يرجع**) لحديث الحاكم مرفوعاً «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها» وصححه وقال على شرط الشيخين. ومفهوم شرطه أنها إذا كانت لغير محرم فله الرجوع فهو حجة على الشافعي لأنه قائل بالمفاهيم وأئمتنا وإن لم يعتبروه لكن صرح به في أثر ابن عمر على ما رواه عبد الرزاق في مصنفه «من وهب هبة لغير ذي رحم فله أن يرجع فيها إلا أن يثاب منها» خرجه الحافظ الزيلعي. ولأنه قد حصل مقصوده وهو صلة الرحم. أطلقه فشمل المحرم المسلم والذمي والمستأمن؛ كذا في المبسوط. وقيد بالرحم لأن المحرم بلا رحم كأخيه من الرضاع وأمهات النساء والربائب وأزواج البنين والبنات لا يمنع الرجوع. وقيد بالمحرم لأن الرحم بلا محرم كابن عمه لا يمنع الرجوع. وفي ذكر القرابة ثم تفسيرها بالرحم المحرم إشارة إلى أنه لو وهب لرحم محرم لا من جهة القرابة كان له الرجوع كما لو وهب لابن عمه وهو أخوه رضاعاً، وخرج ما لو وهب لعبد أخيه أو لأخيه وهو عبد لأجنبي فإنه يرجع فيها عند أبي حنيفة لأن الملك لم يقع فيها للقريب من كل وجه بدليل أن العبد أحق بما وهب إليه إذا احتاج إليه. وقال: لا يرجع في الأولى ويرجع في الثانية، ولو كان ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اتفاقاً على الأصح لأن الهبة لأيهما وقعت تمنع الرجوع؛ كذا في المبسوط. ولو عجز قريبه المكاتب فعند محمد لا يرجع خلافاً لأبي يوسف، وإن عتق لا رجوع، وإن كان مولاه قريباً للواهب رجع عجز المكاتب أو عتق عند الإمام. وفي فتاوى قاضيخان: ولو وهب لأخيه ولأجنبي شيئاً فقبضاه كان له أن يرجع في نصيب الأجنبي قوله: (**والهاء الهلاك**) يعني هلاك العين الموهوبة مانع، وأما هلاك أحد العاقدين فقد قدمه لتعذر الرجوع بعد الهلاك قوله: (**فلو ادعاه صدق**) أي لو ادعى الموهوب له هلاك الموهوب يصدق لأنه منكر لوجوب الرد عليه. قيد بدعوى الهلاك لأن الموهوب له لو ادعى أنه أخوه وأنكره الواهب يستحلف الواهب عند الكل لأنه ادعى بسبب النسب مالاً لازماً فكان المقصود إثباته دون النسب، ذكره قاضيخان في فتاواه من باب الاستحلاف. وأشار بقوله «صدق» إلى أن القول قوله بغير يمين ولهذا قال في

قوله: (**ولو كان ذا رحم محرم من الواهب**) كأن يكون أخوه من أبيه مملوكاً لأخيه من أمه.

بتراضيهما أو بحكم الحاكم فإن تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له

الخلاصة: لو قال الموهوب له هلكت فالقول قوله ولا يمين عليه فإن قال الواهب هي هذه حلف المنكر أنها ليست هذه اهـ قوله: **(وإنما يصح الرجوع بتراضيهما أو بحكم الحاكم)** لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله وهي . . .[1] وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى. وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع. وللواهب أن يرده على بائعه، سواء كان بقضاء أو رضا لأن العقد وقع جائزاً موجباً حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له فيظهر على الإطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء فإنه لا يرده على بائعه الأول لأن الحق هنالك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا. وأما رد المريض الهبة في مرض موته فمعتبر من الثلث، وإن كان بقضاء فلا شيء لورثة المريض على الواهب؛ كذا في فتاوى قاضيخان. وأشار المصنف إلى أن الواهب بعد التسليم لو استهلكها ضمنها، ولو كان عبداً فأعتقه الواهب لم يصح عتقه؛ كذا في فتاوى قاضيخان. واعلم أن مرادهم بالفسخ من الأصل هو أن لا يترتب على العقد أثر في المستقبل لا أن يبطل أثره في كل وجه فيما مضى وإلا لعاد الزوائد المنفصلة المتولدة إلى ملك الواهب برجوعه، ويحرم قبل الرد انتفاع المشتري بالمبيع قبل الرد إذا رد بعيب بقضاء وليس كذلك؛ كذا ذكره في جامع الفصولين. وفي فتاوى قاضيخان: لو كان على العبد جناية خطأ فوهبه لولي الجناية بطلت الجناية ويكون للواهب أن يرجع في هبته استحساناً، وإذا رجع مولى العبد في هبة العبد لا يعود الدين والجناية في قول محمد ورواية عن أبي حنيفة، وفي القياس لا يصح رجوعه في الهبة وهو رواية عن الثلاثة. ولو كان المولى وهب الأمة من زوجها بطل النكاح فإن رجع في الهبة بعد ذلك صح رجوعه ولا يعود النكاح كما لا يعود الدين والجناية وفي رواية يعود النكاح، اهـ مختصراً.

قوله: **(فإن تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن)** لأنها عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور. قيد بالهبة لأن عقود المعاوضات يثبت بها الغرور فللمشتري الرجوع على بائعه، وكذا بكل عقد يكون للدافع كالوديعة والإجارة إذا هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ثم جاء رجل واستحق

قوله: **(لا يعود الدين والجناية في قول محمد)** قال في الخانية: وعلى قول أبي يوسف يعود الدين والجناية، وأبو يوسف استفحش قول محمد وقال: أرأيت لو كان على العبد دين لصغير فوهب

---

(١) فراغ في الأصل.

لم يرجع على الواهب بما ضمن والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط فيها التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة.

فصل

ومن وهب أمة إلا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو داراً

الوديعة أو المستأجر وضمن الوديعة والمستأجر فإن المودع والمستأجر يرجع على الدافع بما ضمن، وكذا كل من كان في معناهما، فالحاصل أن المغرور يرجع بأحد الأمرين إما بعقد المعاوضة أو بعقد يكون للدافع والإعارة كالهبة هنا لأن قبض المستعير كان لنفسه؛ كذا في فتاوى قاضيخان من فصل الغرور من البيوع. قوله: **(والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط فيها التقابض في العوضين وتبطل في الشيوع بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة)** لاشتمالها على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم، وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما. وقال زفر: هو بيع ابتداء وانتهاء. وفي الحقائق: وصورته أن يقول وهبتك ذا على أن تعوضني كذا إذا لو قال وهبتك بكذا فهو بيع إجماعاً ا هـ. وكذا في غاية البيان وظاهره أنه بيع ابتداء وانتهاء. وفي فتاوى قاضيخان: المكره على الهبة بشرط العوض إذا باع يكون مكرهاً، والمكره بالبيع إذا وهب بشرط العوض كان مكرهاً فيه، والإكراه بأحدهما يكون إكراهاً بالآخر ا هـ. فالظاهر أن في هذه المسألة تكون الهبة بشرط العوض بيعاً ابتداء وانتهاء وقد صرح به في الفتاوى الظهيرية. وقال الناصحي في الجمع بين وقفي هلال والخصاف في باب ما يجوز من الوقف وما لا يجوز: ولو وهب الواقف الأرض التي شرط الاستبدال به ولم يشترط عوضاً لم يجز ولو شرط عوضاً فهو كالبيع ا هـ. وفي المجمع: وأجاز محمد هبة الأب مال ابنه الصغير بشرط عوض مساوٍ قيمته يعني وقالا: لا يجوز فيحتاج على قولهما إلى الفرق بين الوقف ومال الصغير. وأراد بالعوض العوض المعين إذ في اشتراط العوض المجهول تكون هبة ابتداء وانتهاء لبطلان اشتراطه كما سيأتي والله أعلم.

فصل

هذا الفصل بمنزلة مسائل شتى تذكر في آخر الكتاب قوله: **(ومن وهب أمة إلا حملها**

المولى عبده من الصغير فقبل الوصي وقبض فسقط الدين فإن رجع الواهب في الهبة بعد ذلك لو قلنا بأنه لا يعود الدين كان قبول الوصي الهبة تصرفاً ضاراً على الصغير وأنه لا يملك ذلك.

فصل

قوله: **(وهو مخاطرة)** كأنه لاحتمال موت الدائن قبله تأمل.

على أن يرد عليه شيئاً منها أو يعوضه منها شيئاً صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط
ومن قال لمديونه إذا جاء غد فهو لك أو أنت منه بريء أو إن أديت إلى نصفه فلك

أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو داراً على أن يرد عليه شيئاً منها أو يعوضه منها شيئاً صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط) لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً فانقلب شرطاً فاسداً، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فدخل فيه كل عقد لا يبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح والخلع والصدقة والصلح عن دم العمد والعتق فيصح. ويبطل الاستثناء. وخرج كل ما يبطله كالبيع والإجارة والرهن والكتابة وما يصح مع الاستثناء كالوصية والخلع. فهذا ظهر أن استثناء الحمل في العقود على ثلاثة مراتب. وأما إيراد العقد عليه بانفراده فلا يصح كالبيع والكتابة وإن قبلت الأم والهبة والصدقة وإن سلم الأم إلى الموهوب له أو المتصدق عليه والنكاح ويجب مهر المثل، ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فهو صحيح مبطل للقصاص وتجب الدية وعتقه منفرداً صحيح إذا علم وجوده وقته كالوصية والخلع، وإن لم يكن موجوداً وقته فلا ويرجع عليها بما ساق لها من المهر إن قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي من ولد، وإن لم تقل من ولد فلا؛ كذا في غاية البيان مختصراً. وأشار المصنف إلى أنه لو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء. ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك بخلاف البيع حيث لا يجوز في الفصول كلها للنهي عن بيع وشرط، وقد تقدم أن العوض لا يصح أن يكون بعض الموهوب فلهذا بطل قوله على أن يرد عليه شيئاً منها، سواء كان الشرط بهذه العبارة أو كان الشيء معيناً كالثلث والربع. وأما قوله «أو يعوضه عنها شيئاً» فلا يصح أيضاً لأن اشتراط التعويض في الهبة لا بد أن يكون العوض معلوماً لما تقدم أنه تمليك مبتدأ وهذا مجهول، وبهذا اندفع إشكال الشارح رحمه الله تعالى تبعاً لصاحب النهاية وهو أنه إذا أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط، وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئاً من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئاً منها ا هـ. فإن كلامه لا يتم إلا إذا كان العوض معيناً. وليس مراد المصنف هذا ما ظهر لي قبل الاطلاع على كلام صدر الشريعة، ثم رأيته صرح به فقال: أقول إن مرادهم ما إذا كان العوض مجهولاً وإنما يصح العوض إذا كان معلوماً ا هـ.

قوله: **(ومن قال لمديونه إذا جاء غد فهو لك أو أنت منه بريء أو إن أديت إلي نصفه فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل)** لأن هبة الدين ممن عليه إبراء وهو تمليك من وجه فيرتد بالرد ولو بعد المجلس على خلاف فيه كما في النهاية، وإسقاط من وجه

نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته بعده وهي أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه لا الرقبى أي إن مت قبلك فهو لك والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ولا في مشاع يحتمل القسمة ولا رجوع فيها.

فلا يتوقف على القبول. والتعليق بالشروط مختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يصح تعليق التمليكات ولا الإسقاطات من وجه دون وجه، ولا الإسقاطات من كل وجه، ولا يحلف بها كالعفو عن القصاص. وقيد بقوله «إن أديت» لأنه لو قال أنت بريء من النصف على أن تؤدي إلي النصف صح لأنه ليس بتعليق بل تقييد، ولما قدمناه من باب التعليق أن المعلق بـ«على» هو ما بعدها لا ما قبلها. وأشار المصنف بقوله «لمديونه» أن هبة الدين للكفيل تمليك من كل وجه حتى يرجع بالدين على المكفول عنه ولا يتم إلا بقبوله، وإبراء الكفيل عن الدين إسقاط من كل وجه حتى لا يرتد بالرد؛ كذا في النهاية. ثم قولهم إن الإبراء لا يتوقف على القبول يستثنى منه ما إذا أبرأ رب الدين بدل الصرف والسلم أو وهبه له يتوقف على القبول لأن البراءة عنه توجب انفساخه لفوات القبض المستحق بعقد الصرف والسلم ولا ينفرد أحدهما بفسخه فلا بد من قبوله. وفرع قاضيخان على كون البراءة لا يصح تعليقها ما لو قال لمديونه إن متَّ ـ بفتح التاء ـ فأنت بريء من ذلك الدين لا يبرأ وهو مخاطرة بخلاف ما لو قال إن متُ ـ بضم التاء ـ فأنت بريء من الدين الذي لي عليك جاز ويكون وصية. ولو قال لمديونه إن لم تقض ما لي عليك حتى تموت فأنت في حل فهو باطل بخلاف ما إذا قال إذا مت فأنت في حل كان وصية قوله: **(وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته بعده)** وهي أن يجعل داره له عمره فإذا مات يرد عليه لحديث الشيخين مرفوعاً «العمرى لمن وهبت له» قوله: **(لا الرقبى)** أي إن مت قبلك فهي لك لحديث أحمد وأبي داود والنسائي مرفوعاً «من أعمر عمرى فهي لمعمره محياه ومماته»[1] «لا ترقبوا من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث فهي باطلة»[2] وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وأجازها أبو يوسف وأبطل الشرط قياساً على العمرى قوله: **(والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ولا في مشاع يحتمل القسمة)** لأنها تبرع كالهبة. فإن قلت: قد تقدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله وصح تصدق عشرة لفقيرين قلت: المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لا شيوع كما تقدم قوله: **(ولا رجوع فيها)** أي في الصدقة لأن المقصود هو الثواب وقد حصل، ولو اختلفا

---

(١) رواه مسلم في كتاب الهبات حديث ٢٦. أحمد في مسنده (٣/ ٣١٢).

(٢) رواه أبو داود في كتاب البيوع باب ٨٦، ٨٧. النسائي في كتاب العمرى باب ١ـ ٣. كتاب الرقبى باب ٢. ابن ماجه في كتاب الهبات باب ٤. أحمد في مسنده (٢/ ٣٤، ٧٣).

....

فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له صدقة فالقول للواهب؛ كذا في فتاوى قاضيخان. وأطلقه فشمل ما إذا تصدق على غني واختاره في الهداية مقتصراً عليه لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب لكثرة عياله، وكذا إذا وهب لفقير لأن المقصود الثواب وقد حصل. وفي المحيط: رجل تصدق بصدقة وسلمها إليه ثم تقايلا الصدقة لم يجز حتى يقبض لأنها هبة مستقبلة مستأنفة لأنه لا رجوع فيها، وكذلك الهبة إذا كانت لذي رحم محرم قال أبو يوسف: لو تناقضا الصدقة فمات المتصدق عليه قبل أن يقبضها المتصدق فالمناقضة باطلة، ولو كان ذلك في هبة كانت المناقضة جائزة لأن له الرجوع فيها، فإذا فعلا شيئاً لو تقدما إلى القاضي فعله أجزأته وإن لم يقبض ا هـ.

كتاب الإجارة

هي بيع منفعة معلومة بأجر معلوم وما صح ثمناً صح أجرة والمنفعة تعلم ببيان

كتاب الإجارة

لما اشتركت الهبة والإجارة في معنى التمليك وكانت الهبة تمليك عين والإجارة تمليك منفعة قدم تلك وأخر هذه لكون العين أقوى. وهي في اللغة اسم للأجرة وهي ما يستحق على عمل الخير وتمامه في المغرب. وفي الاصطلاح ما ذكره المصنف. وركنها الإيجاب والقبول، سواء كان بلفظ الإجارة أو بما يدل عليها، فتنعقد بلفظ العارية حتى لو قال لغيره أعرتك هذه الدار شهراً بكذا أو قال كل شهر بكذا وقبل المخاطب كانت الإجارة صحيحة لأنها مأخوذة من التعاور والتداول، وهو كما يكون بغير عوض يكون بعوض، والتعاور بعوض إجارة بخلاف العارية حيث لا تنعقد بلفظ الإجارة حتى لو قال آجرتك هذه الدار بغير عوض كانت إجارة فاسدة ولا تكون عارية لأنها عقد خاص لتمليك المنفعة كما لو قال بعتك هذا العين بغير عوض كان باطلاً أو فاسداً ولا تكون هبة؛ كذا في فتاوى قاضيخان. ولو قال وهبتك منافع هذه الدار شهراً بكذا يجوز وتكون إجارة. وفي الفتاوى: لو قال لآخر اشتريت منك خدمة عبدك هذا شهراً بكذا فهي إجارة فاسدة. وعن محمد: لو قال أعطيتك هذا العبد ستة يخدمك بكذا جاز وتكون إجارة. وفي المحيط: ولو قال بعت منك منافع الدار شهراً بكذا ذكر في العيون أن الإجارة فاسدة لأن المنافع معدومة وهي ليست بمحل للبيع. وذكر شيخ الإسلام أن فيه اختلاف المشايخ وقال: الحر إذا قال لغيره بعتك نفسي شهراً بكذا لعمل كذا فهو إجارة. وعن الكرخي أن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع ثم رجع وقال: تنعقد.

كتاب الإجارة

قوله: (ولو قال وهبتك منافع هذه الدار شهراً بكذا يجوز وتكون إجارة) قال الرملي: سيأتي قريباً أنه لو أضيف العقد إلى المنافع لا يجوز اهـ. فتأمله اهـ. قلت: وسيأتي عن المحشي نقل قولين في المسألة فلعل ما هنا على أحدهما.

. . . .

ولا تنعقد الإجارة الطويلة بالتعاطي لأن الأجرة غير معلومة قد يجعلون لكل سنة دانقاً وقد يجعلون طسوجاً، وفي غير الطويلة الإجارة تنعقد بالتعاطي، الكل من الخلاصة من الفصل الثاني في صحة الإجارة وفسادها. وشرطها أن تكون الأجرة والمنفعة معلومتين لأن جهالتهما تفضي إلى المنازعة. وحكمها وقوع الملك في البدلين ساعة فساعة وهي مشروعة بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦] وغيره. والسنة حديث البخاري «ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره» والإجماع قوله: **(هي بيع منفعة معلومة بأجر معلوم)** يعني الإجارة شرعاً تمليك منفعة بعوض فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح فإنه استباحة المنافع بعوض لا تمليكها.

وأشار المصنف رحمه الله تعالى إلى أن عقد الإجارة ينعقد بإقامة العين مقام المنفعة في حق الانعقاد لا في حق الملك لأن العقد لا بد له من محل لأنه شرط للصحة لقول الفقهاء المحال شروط ومحل العقد هنا المنافع وهي معدومة والمعدوم لا يصلح محلاً فجعلت الدار محلاً بإقامتها مقام المنافع، ولهذا لو أضاف العقد إلى المنافع لا يجوز بأن قال أجرتك منافع هذه الدار شهراً بكذا، وإنما يصح بإضافته إلى العين. والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الإيجاب والقبول كل ساعة وإن كان ظاهر كلام مشايخنا يوهم ذلك. والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة لأن الحكم قابل للتراخي كما في البيع بشرط الخيار، ثم عقد الإجارة على ما عرف في أصول الفقه علة اسماً لإضافة الحكم إليه ومعنى لكونه مؤثراً لا حكماً لتراخي الحكم عنه؛ كذا في غاية البيان. وبهذا تبين أن تعريف المصنف أولى من تعريف القدوري بقوله «عقد على المنافع بعوض» لما علمت أنها عقد على العين وإنما المملوك المنافع. والمراد من المنفعة المنفعة المقصودة من العين حتى لو استأجر ثياباً ليبسطها ولا يقعد عليها ولا ينام أو دابة ليربطها في فنائه ويظن الناس أنها له أو ليجعلها جنيبة بين يديه أو آنية يضعها في بيته يتجمل بها ولا يستعملها أو داراً لا يسكنها لكن ليظن الناس أنها له ملكاً أو عبداً على أن لا يستخدمه أو دراهم يضعها فالإجارة في جميع ذلك فاسدة ولا أجرة له؛ كذا في الخلاصة من الجنس الثالث في الدواب. وعلل البزازي في فتاواه بأنها منفعة غير مقصودة من العين، وذكر في الخلاصة في كتاب العارية أنه لو استعار دراهم ليتجمل بها كانت عارية لا قرضاً ا هـ. فأفاد أن العارية تخالف الإجارة في اشتراط

قوله: **(ولهذا لو أضاف العقد إلى المنافع لا يجوز)** قال الرملي: ذكر في البزازية وكثير من الكتب قولين في المسألة قوله: **(فهي فاسدة)** قال الرملي: إنما كانت فاسدة لأنه شرط فيها بيع عين حتى لو وقعت على نفس العين كانت باطلة لا فاسدة بما صرحوا به من أنها لو وقعت على إتلاف

....

كون المنفعة مقصودة. وأشار بقوله «بيع منفعة» إلى أنه لو استأجر خياطاً ليخيط له هذا القميص والكم منه أو بناء على أن الآخر منه فهي فاسدة لأنها ليست ببيع عين؛ كذا في المحيط. واحترز بقوله «بأجر معلوم» عما إذا كان مجهولاً كما إذا استأجر عبداً بأجر معلوم وبطعامه لا يجوز، وكذا لو استأجر دابة بعلفها لا يجوز للجهالة بخلاف الظئر كما سيأتي؛ كذا في الخلاصة. وفيها أيضاً: رجل استأجر من آخر غلاماً فقال صاحب الغلام بعشرين وقال المستأجر بعشرة فافترقوا على ذلك قال هو بعشرين إلا أن يرضى الذي أجره بعشرة.

قوله: **(وما صح ثمناً صح أجرة)** أي ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع. ومراده من الثمن ما كان بدلاً عن شيء فدخل فيه الأعيان فإن العين تصلح بدلاً في المقايضة فتصلح أجرة. وأشار المصنف إلى أنها لو كانت الأجرة دراهم أو دنانير انصرفت إلى غالب نقد البلد، فإن كانت الغلبة مختلفة فالإجارة فاسدة ما لم يبين نقداً منها، فإن بين جاز فإنها لو كانت كيلياً أو وزنياً أو عددياً متقارباً فالشرط فيه بيان القدر والصفة ويحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء إذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة، وإن لم يكن له حمل ومؤنة فلا يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء. وعندهما ليس بشرط ولا يحتاج إلى بيان الأجل، فإن بين جاز وثبت، وأنها لو كانت ثياباً أو عروضاً فالشرط فيه بيان القدر والأجل والصفة لأنه لا يثبت ديناً في الذمة إلا من جهة السلم فكان لثبوته أصل واحد وهو السلم فلا يجوز إلا على شرائط السلم بخلاف الكيلي والوزني لأن لثبوتهما أصلين: القرض والسلم. والأجل في القرض ليس بشرط فإن بين جاز كالسلم وإن لم يبين جاز كالقرض. وهذا كله إذا لم يشر إليها فإن أشار فهي كافية ولا يحتاج إلى بيان القدر والوصف والأجل، وأنها لو كانت حيواناً فلا يجوز إلا أن يكون معيناً؛ كذا ذكر الأسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي. وأشار أيضاً إلى أن هذا الضابط لا ينعكس كلياً فلا يقال ما لا يجوز ثمناً لا يجوز أجرة لأن المنفعة يجوز أن تكون أجرة للمنفعة إذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار سكنى الدار بزراعة الأرض وإن اتحد جنسهما لا يجوز كاستئجار الدار للسكنى بالسكنى، وكاستئجار الأرض للزراعة بزراعة أرض أخرى لأن الجنس بانفراده يحرم للنساء

قوله: **(والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فتصح على مدة معلومة أي مدة كانت)** لأن

الأعيان قصداً لا تنعقد فتأمل. وقوله «لأنها ليست» أي الإجارة قوله: **(وعندهما ليس بشرط)** قال الرملي: وقدم في السلم أنه يتعين عندهما مكان الدار ومكان تسليم الدابة. وفي الجوهرة: وعندهما لا يشترط ويسلمه عند الأرض المستأجرة قوله: **(ولا يحتاج إلى بيان الأجل فإن بين جاز وثبت)** قال الرملي قال في الجوهرة: ولا يحتاج إلى بيان الأجل فإن الأجر صار مؤجلاً كالثمن في البيع اهـ. يعني ببيان المدة كما لو قال بعتك بكذا إلى شهر مثلاً تأمل.

المدة كالسكنى والزراعة فتصح على مدة معلومة أيّ مدة كانت ولم تزد في الأوقاف على ثلاث سنين أو بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته أو بالإشارة

المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً فأفاد أنها تجوز ولو كانت المدة لا يعيش إلى مثلها عادة، واختاره الخصاف ومنعه بعضهم. وأفاد أنها تجوز مضافاً كما لو قال أجرتك هذه الدار غداً وللمؤجر بيعها اليوم وتنتقض الإجارة كما في الخلاصة. وفي فتاوى قاضيخان: الوصي إذا أجر أرض اليتيم أو استأجر لليتيم أرضاً بمال اليتيم إجارة طويلة رسمية ثلاث سنين لا يجوز ذلك، وكذلك أبو الصغير ومتولي الوقف لأن الرسم في الإجارة الطويلة أن يجعل شيء يسير من مال الإجارة بمقابلة السنين الأول ومعظم المال بمقابلة السنة الأخيرة، فإن كانت الإجارة لأرض اليتيم أو الوقف لا تصح الإجارة في السنين الأول لأنها تكون بأقل من أجر المثل فلا تصح، فإن استأجر أرضاً لليتيم أو الوقف بمال الوقف ففي السنة الأخيرة يكون الاستئجار بأكثر من أجر المثل فلا يصح، فإذا فسدت الإجارة في البعض في الوجهين هل يصح فيما كان خيراً لليتيم والوقف على قول من يجعل الإجارة الطويلة عقداً واحداً لا يصح، وعلى قول من يجعلها عقوداً يصح فيما كان خيراً لليتيم، ولا يصح فيما كان شراً له والظاهر هو الفساد في الكل ا هـ.

قوله: **(ولا تزاد في الأوقاف على ثلاث سنين)** كيلا يدعي المستأجر ملكها. قال في الهداية: وهو المختار. أطلقه فشمل الضياع وغيره. وقد أفتى الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلاث سنين في الضياع وعلى سنة في غيرها إلا إذا كانت المصلحة في غيره. قال في المحيط: هو المختار للفتوى ا هـ. ومراد المصنف عند عدم شرط الواقف فإن نص على شيء فآجره الناظر أكثر منه لا يجوز إلا إذا كانت إجارتها أكثر أنفع للفقراء والناس لا يرغبون في استئجارها فللقيم أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يؤاجرها أكثر لأن للقاضي ولاية النظر على الفقراء وعلى الميت أيضاً، وليس للقيم أن يؤاجرها بنفسه؛ كذا في فتاوى قاضيخان. والمراد بعدم الجواز عدم الصحة يعني لو أجر الناظر الوقف أكثر من ثلاث سنين لا تصح الإجارة كما صرح به صدر الشريعة، وقيل تصح وتنفسخ، ذكره الشمني. واعلم أن إجارة الوقف لا تجوز إلا بأجرة المثل أو أكثر فلو أجر الناظر بدون أجرة المثل لا تصح الإجارة ويلزم المستأجر تمام أجر المثل، وقد وقع في الخلاصة عبارة أوهمت أن الناظر يضمن تمام أجر المثل فقال: متولي الوقف أجر بدون أجر المثل يلزمه تمام أجر المثل ا هـ. وقد رده الشيخ قاسم في فتاواه بأن الضمير يرجع إلى المستأجر يدل عليه ما ذكره في تلخيص الفتاوى الكبرى وعبارته:

قول المصنف: **(ولا تزاد في الأوقاف على ثلاث سنين)** قال الرملي وفي الجوهرة: وعلى هذا أرض اليتيم وقد أفتى صاحب البحر بإلحاق عقار اليتيم بالوقف، وكذا تلميذه الشيخ العلامة الغزي، وأكثر كلامهم في المسألة يدل على أنه المختار وأنه المفتى به، وعلته أنه كما يصان الوقف يصان مال

....

ومتولي الوقف أجرها بغير أجر المثل يلزم مستأجرها تمام أجر المثل عند بعض علمائنا وعليه الفتوى ا هـ. وقال في الذخيرة: وإذا أجر القيم داراً بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس حتى لم تجز الإجارة لو تسلمها المستأجر كان عليه أجر المثل بالغاً ما بلغ على ما أجازه المتأخرون من المشايخ ا هـ. وذكر الأسبيجابي في المزارعة إذا كانت الأرض أرض وقف استأجرها من المتولي إلى طويل المدة ينظر؛ إن كان السعر بحاله لم يزدد ولم ينقص كما كان وقت العقد فإنه يجوز. وإن غلا أجر مثلها فإنه يفسخ ذلك العقد ويحتاج إلى تجديد ذلك العقد ثانياً، وكذلك إذا استأجرها بأجرة معلومة إلى سنة فلما مضى نصف السنة غلا سعرها وازداد أجر مثلها فإنه يفسخ ذلك العقد ويعقد ثانياً على أجرة معلومة، ولو كانت الأرض بحال لم يمكن فسخها نحو ما إذا كان فيها زرع لم يحصد بعد ولم يدرك بعد فلا يمكن فسخها ولكن إلى وقت زيادته يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة إلى تمام السنة يجب أجر مثلها. وأما إذا كان ينتقص من أجرتها يعني رخص أجرتها وسعرها قبل مضي المدة فإن الإجارة لا تبطل ولا تنفسخ لأن المستأجر قد رضي بذلك حيث عقد عليها وزيادة الأجرة إنما تعتبر إذا زادت عند الكل، فأما إذا زاد واحد في أجرتها تعنتاً على المستأجر الأول فلا يعتبر ذلك ولا يبطل العقد ولا يفسخ ما لم تمض المدة، وكذلك حكم الحانوت والطاحونة وجميع ما يكون وقفاً استؤجر من المتولي ا هـ. وكذا ذكر قاضيخان في فتاواه ورجحه العلامة قاسم في فتاواه بأنه أنفع للوقف قوله: **(أو بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته)** يعني تعرف المنفعة بالتسمية كالصبغ ونحوه، ومنه استئجار الدابة للحمل أو للركوب والإجارة على العمل كاستئجار القصار ونحوه، ولا بد أن يكون العمل معلوماً وذلك في الأجير المشترك، وأما الأجير الواحد فمن النوع الأوّل، ولا بد فيه من بيان الوقت؛ كذا في الهداية. وصرح في تحفة الفقهاء بأنه من نوع الاستئجار على العمل لكن لا بد فيه من بيان الوقت واختاره في غاية البيان. وأشار بقوله «على صبغ الثوب» إلى أنه لا بد أن يعين الثوب الذي يصبغ، ولون الصبغ بأنه أحمر أو نحوه، وقدر الصبغ إذا كان مما يختلف. وأشار بقوله «وخياطته» إلى أنه لا بد أن يكون الثوب معلوماً ولهذا قال في المحيط: لو استأجره لقصر عشرة أثواب ولم يرها فالإجارة فاسدة وإن سمى جنسها لأنه يختلف بغلظه ورقته. واعلم أن استئجار الدابة للركوب لا بد فيه من بيان الوقت أو الموضع حتى لو خلا عنهما فهي فاسدة، ذكره البزازي في فتاواه. وبه يعلم فساد إجارة دواب العلافين الواقعة في زماننا لعدم بيان الوقت والموضع.

اليتيم عن دعوى الملك بطول المدة بل مال اليتيم أولى للنصوص الموجبة له المصرحة بالنهي عن قربانه فليكن عليه المعوّل وأقول أيضاً: ومثل عقار اليتيم عقار بيت المال فتأمل.

كالاستئجار على نقل هذا الطعام إلى كذا والأجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو بالتمكن فإن غصب منه سقط الأجر ولرب الدار والأرض

قوله: **(أو بالإشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام إلى كذا)** يعني تعرف المنفعة بالإشارة لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد قوله: **(والأجرة لا تملك بالعقد)** لأن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في جانب البدل الآخر فلا يعتق قريب المؤجر لو كان أجرة ولا يملك المطالبة بتسليمها للحال، ولا يلزم علينا صحة الإبراء عن الأجرة والكفالة والرهن بها لأنا نقول: ذاك بناء على وجود السبب فصار كالعفو عن القصاص بعد وجود الجرح؛ كذا في غاية البيان. لكن في المحيط أن جواز الإبراء قول محمد خلافاً لأبي يوسف. وأشار المصنف إلى أنهما لو تصارفا بالأجرة فأخذ بالدراهم دنانير لا يجوز وهو قول أبي يوسف خلافاً لمحمد، وإن كانت الأجرة نقرة بعينها لا تجوز المصارفة بها بالإجماع والإبراء عن بعض الأجرة صحيح اتفاقاً لأنه بمنزلة الحط؛ كذا ذكره الولوالجي قوله: **(بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو بالتمكن)** يعني لا يملك الأجرة إلا بواحد من هذه الأربعة، والمراد أنه لا يستحقها المؤجر إلا بذلك كما أشار إليه القدوري في مختصره لأنها لو كانت ديناً لا يقال إنه ملكه المؤجر قبل قبضه، وإذا استحقها المؤجر قبل قبضها فله المطالبة بها وحبس المستأجر عليها وحبس العين عنه وله حق الفسخ إن لم يعجل له المستأجر؛ كذا في المحيط. لكن ليس له بيعها قبل قبضها. وأشار المصنف رحمه الله تعالى إلى أن المستأجر لو باع المؤجر بالأجر شيئاً وسلم جاز لتضمنه اشتراط التعجيل فتقع المقاصة بينهما، فإن تعذر إيفاء العمل رجع بالدراهم دون المتاع. والمراد من التمكن تسليم المحل إلى المستأجر بحيث لا مانع من الانتفاع، فلو سلمه بعد مضي المدة فليس لأحدهما الامتناع من التسليم والتسلم في الباقي إذا لم يكن في مدة الإجارة وقت يرغب في الإجارة لأجله، فإن كان في المدة وقت كذلك كحانوت يستأجر سنة لرواج السوق في بعضها أو دار بمكة تستأجر سنة لأجل الموسم فلم يسلم في الوقت الذي يرغب لأجله فإنه يتخير في قبض الباقي كما في البيع. وفي الذخيرة من الفصل السابع والعشرين في الاختلاف: لو اختلف المستأجر والآجر بعد شهر والمفتاح مع المستأجر وقال لم أقدر على فتحه وقال المؤجر بل قدرت على فتحه وسكنت ولا بينة لهما يحكم الحال، وإن أقاماها فالبينة لرب المنزل لأنه لا عبرة لتحكيم الحال متى جاءت البينة بخلافه. وفي القنية: تسليم المفتاح في المصر مع التخلية بينه وبين الدار تسليم للدار حتى يجب الأجر بمضي المدة وإن لم يسكن، وتسليم المفتاح في السواد ليس بتسليم الدار وإن حضر المصر والمفتاح في يده ا هـ. وفي فتاوى الولوالجية: ولو استأجر داراً على عبد بعينه ثم وهب العبد من المستأجر قبل القبض

طلب الأجر كل يوم وللجمال كل مرحلة وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله

فإذا قال المستأجر قبلت كان هذا إقالة كالمشتري إذا قال للبائع وهبت منك العبد قبل القبض انتقض البيع كذا هنا ا هـ. ومراد المصنف رحمه الله تعالى الإجارة المنجزة إذ الإجارة المضافة لا تملك فيها الأجرة بشرط التعجيل قوله: **(فإن غصب منه سقط الأجر)** لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فإذا فات التمكن فات التسليم. وأشار بقوله «سقط الأجر» إلى أن العقد ينفسخ بالغصب كما صرح به في الهداية خلافاً لقاضيخان. وأطلقه فشمل ما إذا غصب في جميع المدة فيسقط جميع الأجر وما إذا غصب في بعضها فبحسابه، وشمل العقار وغيره ومراده من الغصب هنا الحيلولة بين المستأجر والعين لا حقيقته إذ الغصب لا يجري في العقار عندنا، وشمل ما إذا حال بينه وبين الساكن الأوّل، فلو ادعى ذلك المستأجر وأنكره المؤجر ولا بينة يحكم الحال، فإن كان المستأجر هو الساكن في الدار حال المنازعة فالقول للمؤجر، وإن كان فيها غير المستأجر فالقول للمستأجر ولا أجر عليه كمسألة الطاحونة وهي لو وقع الاختلاف بين مستأجر الطاحونة والأجر بعد انقضاء المدة في جريان الماء وانقطاعه فإنه يحكم الحال، فإن كان جارياً حال المنازعة فالقول قول من يدعي دوام التسليم وإلا فالقول لمدعي زواله، ولا يقبل قول الساكن في المسألة الأولى على غيره لأنه فرد؛ كذا في الذخيرة. وشمل ما إذا حال بينه وبين العين المؤجر أيضاً وكذا لو سلمه إلا بيتاً فإنه يسقط عنه بحسابه؛ كذا في المحيط. وكذا لو سكن معه في الدار؛ كذا في الخلاصة.

قوله: **(ولرب الدار والأرض طلب الأجر كل يوم)** لأنه منفعة مقصودة وما دون اليوم لا حد له فصار كالنفقة لها طلبها عند المساء في كل ساعة أراد به ما إذا أطلقه، أما إذا بين وقت الاستحقاق في العقد تعين لأنه بمنزلة التعجيل كما إذا قال أجرتك هذه الدار سنة على أن تعطي الأجرة بعد شهرين قوله: **(وللجمال كل مرحلة)** لأن سير كل مرحلة مقصود قوله: **(وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله)** لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الأجر، وأراد به ما إذا سلمه فأفاد أنه لو هلك في يده قبل التسليم فلا أجر له، وكذا كل من لعمله أثر وإن لم يكن لعمله أثر فكما فرغ منه استحق الأجر، وإن لم يسلمها كالجمال والملاح فلا يسقط الأجر في الهلاك بعده. وأطلقه فشمل ما إذا كان الخياط في بيت المستأجر فإنه لا يستحق ببعض العمل شيئاً لما قدمناه واختاره في الهداية. ويتفرع عليه أيضاً ما إذا استأجره لبناء داره فبنى البعض ثم انهدم فلا أجر له، ولا يستحق الأجر على البعض إلا في سكنى الدار وقطع المسافة، واختار جماعة من مشايخنا خلافه. ومسألة البناء منصوص عليها في الأصل أنه يجب الأجر بالبعض لكونه مسلماً إلى المستأجر، ونقله الكرخي عن أصحابنا وجزم به في غاية البيان رداً على الهداية فكان هو المذهب ولهذا اختاره المصنف في المستصفى وإن كانت عبارته هنا مطلقة. وفي الفتاوى الظهيرية: الخيط والمخيط على الخياط

وللخباز بعد إخراج الخبز من التنور فإن أخرجه فاحترق له الأجر ولا ضمان عليه

وهذا في عرفهم، أما في عرفنا فالخيط على صاحب الثوب، وفي المخيط الخياط إذا خاطه بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط ولا يجبر على الإعادة، وإن كان الخياط هو الذي فتقه فعليه الإعادة كأنه لم يعمل بخلاف ما إذا فتقه الأجنبي ألا ترى أنه يلزمه الضمان وفي الخياط لا يلزمه اهـ. ولا يخفى أن ما ضمنه الأجنبي يكون للخياط لكونه بدل ما أتلفه عليه حتى سقطت أجرته. وفي الخلاصة: رجل دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه فقطعه ومات لا يجب شيء من الأجرة لأن الأجر في العادة للخياطة لا للقطع وهو الأصح اهـ. وفي الفتاوى الصغرى: إذا دفع ثوباً لقصار ليقصره ولم يسم له أجراً قال أبو حنيفة: لا أجر له. وقال محمد: إن انتصب القصار لقبول ذلك من الناس بالأجر كما هو المعتاد يجب وإلا فلا. قال في الخلاصة معزياً إلى الصدر الشهيد: والفتوى على قول محمد قوله: **(وللخباز بعد إخراج الخبز من التنور)** لأن تمام العمل بالإخراج. أطلقه فأفاد أنه يستحق بإخراج البعض بقدره لأن العمل في ذلك القدر صار مسلماً إلى صاحب الدقيق؛ كذا في غاية البيان والجوهرة. ومراده إذا كان الخبز في بيت المستأجر لأنه صار مسلماً إليه بمجرد الإخراج كما صرح به في مستصفاه، أما إذا كان خارجاً عن بيت المستأجر سواء كان في بيت الخباز أو لا فلا يستحق الأجرة إلا بالتسليم حقيقة. وفي الجوهرة: فإن سرق الخبز بعدما أخرجه فإن كان يخبز في بيت صاحب الطعام فله الأجرة، وإن كان يخبز في بيت الخباز فلا أجرة له لعدم التسليم ولا ضمان عليه فيما سرق عند أبي حنيفة لأنه في يده أمانة خلافاً لهما وهي مسألة الأجير المشترك.

قوله: **(فإن أخرجه فاحترق فله الأجر ولا ضمان عليه)** لأنه صار مسلماً بالوضع في بيته فاستحق المسمى ولم يوجد منه جناية فلا ضمان عليه إجماعاً فأفاد أنه لو كان الخبز في غير بيت المستأجر فاحترق فلا أجر له ولا ضمان عند أبي حنيفة، وعندهما إن شاء ضمنه دقيقاً مثل دقيقه ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الأجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح. وقيد بكونه احترق عقيب الإخراج لأنه إذا احترق قبل الإخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعاً لأنه مما جنته يداه بتقصيره في القلع من التنور فإن ضمنه قيمته مخبوزاً أعطاه الأجر، وإن ضمنه دقيقاً لم يكن له أجر؛ كذا في غاية البيان قوله: **(وللطباخ بعد الغرف)** أي بعد وضع الطعام في القصاع اعتباراً للعرف. أطلقه فشمل كل طعام كما أطلقه في الفتاوى الظهيرية، وقيده القدوري بأن يكون طعام الوليمة. قال في

قوله: **(فأفاد أنه لو كان الخبز في بيت المستأجر فاحترق الخ)** أقول في الجامع الصغير وشروحه: أطلقوا الجواب بعدم الضمان ولم يذكروا الخلاف فعن هذا قالوا: الجواب مجرى على عمومه فعنده لا ضمان من صنعه، وأما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم. وإنما ذكر الخلاف القدوري

وللطباخ بعد الغرف وللبان بعد الإقامة ومن لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار

الجوهرة: إذ لو كان لأهل بيته فلا غرف عليه اهـ. وإنما لم يقيده المصنف به لأنه يرد عليه بقية أنواع الأطعمة فإن الوليمة طعام العرس، والوكيرة طعام البناء، والخرس طعام الولادة، وما تطعم النفساء نفسها خرسة، وطعام الختام إعذار، وطعام القادم من سفره نقيعة، وكل طعام صنع لدعوة مأدبة ومادية جميعاً ويقال فلان يدعو النقرى إذا خص، وفلان يدعو الجفلى وإلا جفلاً إذا عم، كذا في غاية البيان معزياً إلى القتبي. ولا يرد على المصنف طعام أهل بيته لأن العرف أنه لا يحتاج إلى طباخ، وإن أفسد الطباخ الطعام أو أحرقه أو لم ينضجه فهو ضامن، وإذا دخل الخباز أو الطباخ بنار ليخبز بها أو يطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق بها البيت فلا ضمان عليه لأنه لم يصل إلى العمل إلا بإدخال النار وهو مأذون له في ذلك، ولا ضمان على صاحب الدار إذا احترق شيء من السكان في الدار لأنه لم يكن متعدياً في هذا السبب كمن حفر بئراً في ملكه؛ كذا في الجوهرة قوله: **(وللبان بعد الإقامة)** يعني من استأجر إنساناً ليضرب له لبناً استحق الأجر إذا أقامه عند أبي حنيفة. وقالا: لا يستحقها حتى يشرجه لأن التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كالإخراج من التنور. وله أن العمل قد تم بالإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين منتشر وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج. وفائدة الخلاف فيما إذا تلف اللبن قبل التشريج فعند أبي حنيفة تلف من مال المستأجر. وعندهما من مال الأجير. وأما إذا تلف قبل الإقامة فلا أجرة إجماعاً. ومراده ما إذا كان ضرب اللبن في بيت المستأجر أما إذا كان في أرض الأجير فلا يستحقها إلا بتسليمه وهو بالعد بعد الإقامة عنده، وبالعد بعد التشريج عندهما؛ كذا ذكر الشارح. وعبارة المصنف في المستصفى: فأما إذا لم يكن في ملكه لم يكن له الأجر حتى يسلمه منصوباً عنده ومشرجاً عندهما؛ كذا في الإيضاح والمبسوط اهـ. فلم يشترط العد وهو الأولى لأنه لو سلمه بغير عد كان له الأجر كما لا يخفى. والإقامة النصف بعد الجفاف، والتشريج أن يركب بعضه على بعض بعد الجفاف؛ كذا في الجوهرة. وفي فتاوى قاضيخان والظهيرية: الملبن على اللبان، والتراب على المستأجر، وإدخال الحمل المنزل على الحمال ولا يكون عليه أن يصعد به على السطح أو الغرفة إلا أن يشترط ذلك عليه، وكذلك صب الطعام في الجفنة لا يكون عليه إلا بشرط، ولو تكارى دابة ليحمل عليها صاحب الدابة الحمل فإنزال الحمل عن الدابة يكون على المكاري، وإدخال الحمل في المنزل لا يكون عليه إلا أن يكون في

برواية ابن سماعة عن محمد قال: وإذا أخرجه من التنور فوضعه وهو يخبز في بيت المستأجر وقد فرغ فإنه احترق من غير جناية فله الأجر ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة؛ كذا في غاية البيان. فالكلام في الخبز في بيت المستأجر لا في غير بيته تأمل.

يحبسهما للأجر فإن حبس فضاع فلا ضمان ولا أجر ومن لا أثر لعمله كالحمال

موضع يكون ذلك عرفاً لهم. وفي استئجار الدابة الحمل وإلا كاف يكون على المكاري، وكذلك الحبال والجوالق والحبر على الكاتب واشتراط الورق عليه فاسد اهـ.

قوله: **(ومن لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار يحبسهما للاجر)** لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع. أطلقه فشمل ما إذا لم يكن لعمله إلا إزالة الدرن بالغسل فقط على الأصح لأن البياض كان مستتراً وقد ظهر بفعله فكأنه أحدثه فيه؛ كذا ذكر قاضيخان في شرحه، وصححه المصنف في مستصفاه معزياً إلى الذخيرة أن ليس له حق الحبس فاختلف التصحيح وينبغي ترجيح المنع، وقد جزم به صاحب الهداية بقوله: وغسل الثوب نظير الحمل. ومراده إذا كان الأجر حالاً، أما إذا كان مؤجلاً فليس له الحبس عليها لأن التسليم ليس بواجب عليه للحال فلا يملك الحبس كما لو باع شيئاً بثمن مؤجل ليس له الحبس. وأشار بقوله «يحبسه» إلى أنه عمله في بيته أو دكانه فأفاد أنه إذا خاطه أو صبغه في بيت المستأجر فليس له حق الحبس لأن المتاع وقع مسلماً إلى المالك لكون المحل في يده؛ كذا في الخلاصة. وهو ضامن لما جنت يده عند الإمام وإن كان في بيت المستأجر بخلاف الملاح إذا غرقت السفينة بمده وصاحب المتاع فيها حيث لا يضمن المتاع لأنه في يد مالكه حقيقة والمد تصرف في السفية دون المتاع فمتى كان مأذوناً فيه من قبل المالك لم يكن متعدياً في السبب فلا يؤاخذ بالضمان؛ كذا في غاية البيان قوله: **(فإن حبس فضاع فلا أجر ولا ضمان)** وهذا عند الإمام لأنه غير متعد في الحبس فبقي أمانة كما كان عنده، ولا أجر له الهلاك المعقود عليه قبل التسليم. وعندهما العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار إن شاء ضمنه غير معمول ولا أجر له، وإن شاء معمولاً وله الأجر قوله: **(ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للأجر)** لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس فأفاد أنه لو حبسها ضمنها ضمان الغاصب وصاحبها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها محمولة وله الأجر، وإن شاء غير محمولة فلا أجر له؛ كذا في الجوهرة. واختلفوا في المراد من الأثر فقيل أن تكون الأثرة متصلة بمحل العمل كالنشار والصبغ، وقيل أن يرى ويعاين في محل العمل، وثمرته تظهر في كسر الحطب وطحن الحنطة وحلق رأس العبد فليس له الحبس على الأول، وله الحبس على الثاني. وظاهر ما في القنية ترجيح الثاني، والذي يظهر من كلامهم ترجيح الأول لما عللوا به في حق الحبس من أن المعقود عليه وصف في الثوب، ومنهم من ضبط الحمال بالحاء المهملة، ومنهم من ضبطها بالجيم والأولى الأول لأن الحمل يجوز أن يقع على الظهر

قوله: **(وينبغي ترجيح المنع)** قال الرملي: قدم هذا الشارح في القضاء أن الحبس في اللغة المنع فلعله وينبغي ترجيح عدم المنع أي عدم الحبس للعين فسقط من خط الكاتب ذلك، أو معناه ترجيح

والملاح لا يحبس للأجر ولا يستعمل غيره إن شرط عمله بنفسه وإن أطلق فله أن يستأجر غيره وإن استأجره ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقي فله أجره بحسابه ولا أجر لحامل الكتاب للجواب أو لحامل الطعام إن رده للموت.

وعلى الدابة فيكون أعم من لفظ الجمال بالجيم. ولا يرد الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس؛ كذا في الهداية.

قوله: **(ولا يستعمل غيره أن شرط عمله بنفسه)** لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه كالمنفعة في محل بعينه. واستثنى في الخلاصة الظئر فإن لها أن تستعمل غيرها. والمراد من اشتراط العمل بنفسه أن يقول له اعمل بنفسك أو بيدك ولا تفعل بيد غيرك كما في الخلاصة. أما إذا قال على أن تعمل فهو من قبيل ما إذا أطلق؛ كذا في المستصفى وغاية البيان. وفي الخلاصة: رجل استأجر رجلين ليحملا له خشبة إلى منزله بدرهم فحمل أحدهما دون الآخر فله نصف درهم وإن لم يكونا شريكين في العمل قبل ذلك، وكذا لو استأجر أحدهما لبناء حائط أو حفر بئر ولو كانا شريكين يجب كل الأجر بينهما. وقيد باشتراط العمل لأنه لو اشترط عليه أن يعمل اليوم أو غداً فلم يفعل فطالبه صاحبه مرات ففرط حتى سرق لا يضمن، وأجاب شمس الإسلام بالضمان؛ كذا في الخلاصة قوله: **(وإن أطلق كان له أن يستأجر غيره)** لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن استيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين. وأشار بكونه له الاستئجار إلى أنه ليس له الدفع إلى غيره ولهذا قال في الخلاصة: رجل دفع غزلاً إلى رجل لينسجه كرباساً فدفع هو إلى آخر لينسجه فسرق من يده إن كان الثاني أجيراً للأول لا يضمن واحد منهما، وإن كان الثاني أجنبياً ضمن الأول دون الآخر عند أبي حنيفة، وعندهما في الأول ضامن مطلقاً، وفي الأجنبي إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الأخر قوله: **(وإن استأجره ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بما بقي فله أجره بحسابه)** لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق الأجر بقدره. ومراده إذا كانوا معلومين ليكون الأجر مقابلاً بجملتهم، وإن كانوا غير معلومين يجب الأجر كله إليه أشار في الهداية والله أعلم.

منع الحبس لها شرعاً والألف واللام بدل عن الإضافة تأمل اهـ. قلت: لا يخفى بعد المعنى الأوّل هنا بل المراد المتبادر المنع المفهوم من قوله ليس له حق الحبس.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها إلا أنه لا يسكن حداداً أو

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قوله: **(صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها)** لأن العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف إليه وأنه لا يتفاوت فصح العقد، والحوانيت الدكاكين؛ كذا في الجوهرة. وأشار إلى أنه لا يشترط أيضاً بيان من يسكنها فله أن يسكنها بنفسه ويسكنها غيره بإجارة وغيرها، وكذا من استأجر عبداً للخدمة له أن يؤجره لغيره بخلاف الدابة والثوب؛ كذا في القنية. وقيد بالدور والحوانيت لأن الثوب لا بد من بيان لابسه، وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل فله الوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب المعتاد والاستنجاء بحائطه والدق المعتاد اليسير وأن يتد وتداً وربط الدواب في موضع معتاد له لا إن لم يكن معتاداً، وله ربطها على باب الدار، وليس للآجر أن يدخل دابته الدار المستأجرة؛ كذا في الخلاصة. وفي القنية: لمستأجر الدار المسبلة إلقاء ما اجتمع من كنس الدار من التراب إن لم يكن له قيمة وله أن يتد فيه وتداً ويستنجي بجداره ويتخذ فيه بالوعة إلا إذا كان فيه ضرر بين، ولو استأجر حانوتاً مسبلاً لدق الأرز له ذلك إن لم يضر بالبناء، وليس لمستأجر الدار المسبلة أن يجعلها إصطبلاً اهـ. وفي الخلاصة: ولو كان فيها ماء توضأ منها وشرب ولو فسدت البئر لا يجبر أحدهما على إصلاحها، ولو بنى المستأجر التنور في الدار المستأجرة فاحترق شيء من الدار لم يضمن المستأجر قوله: **(إلا أنه لا يسكن حداداً أو قصاراً أو طحاناً)** فيه وجهان: الأوّل أن يكون بفتح الياء من الثلاثي المجرد فيكون انتصاب «حداداً» وما بعده على الحال ويفهم منه عدم إسكانه غيره دلالة بالأولى. الثاني أن يكون بضم الياء وكسر الكاف وانتصاب ما بعده على المفعولية، ويفهم منه عدم سكناه بنفسه بالإشارة لأنه إنما لم يجز أن يسكن غيره لأن ذلك يوهن البناء وفي سكنى نفسه ملتبساً بهذه الأشياء هذا المعنى حاصل؛ كذا في غاية البيان. وهذا إذا لم يرض به المالك أو لم يشترطه في الإجارة، فإن استأجره لذلك كان له ذلك، ولو اختلفا في الاشتراط فالقول للمؤجر كما لو أنكر أصل العقد، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر؛ كذا في الخلاصة. وفي القنية: استأجر حانوتاً مسبلاً لدق الأرز له ذلك إن لم يضر بالبناء اهـ. وفي الخلاصة: وإذا استأجر ليقعد قصاراً فله أن يقعد حداداً إذا كان مضرتهما واحدة. والمراد من الرحى غير رحى اليد، أما رحى اليد فلا يمنع

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قوله: **(أما رحى اليد الخ)** فيه سقط والذي في الخلاصة لا يمنع من رحى اليد إن كان لا يضر وإن كان يضر يمنع وعليه الفتوى.

قصاراً أو طحاناً والأراضي للزراعة أن يبين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما

من الطحن عليها وإن كان يضر وعليه الفتوى؛ كذا في الخلاصة. ولو فعل ما لا يجوز له وجب عليه الأجر، وإن انهدم البناء بعمله وجب عليه الضمان ولا أجر لما علم أنهما لا يجتمعان. قيد بالدور والحوانيت لأن استئجار البناء وحده لا يجوز في ظاهر الرواية لأنه لا ينتفع بالبناء وحده. وفي القنية يفتى برواية جواز استئجار البناء إذا كان منتفعاً به كالجدر إن مع السقف اهـ. وفي الجوهرة: المستأجر إذا أجر بأكثر مما استأجر تصدق بالفضل إلا إذا أصلح فيها شيئاً أو أجرها بخلاف جنس ما استأجر والكنس ليس بإصلاح. وفي الجوهرة: وإن أجرها من المؤجر لم يجز سواء كان قبل القبض أو بعده، وهل هو نقض للعقد الأوّل؟ فيه اختلاف المشايخ والأصح أن العقد ينفسخ.

قوله: **(والأراضي للزراعة أن بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما شاء)** أي صح ذلك للإجماع العملي عليه ولا بد من البيان لأنها تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة وترتفع بتفويض الخيرة إليه أيضاً وإلا فهي فاسدة للجهالة وتنقلب صحيحة بزرعها، ويجب المسمى لارتفاعها كاستئجار ثوب لم يبين لابسه إذا ألبس شخصاً انقلبت صحيحة، وكذا الدابة والقدر للطبخ وللمستأجر الشرب والطريق لأنها تنعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان تبعاً بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى جاز بيع الجحش والأرض السبخة دون إجارتها إلا بذكر الحقوق والمرافق كما عرف في البيوع. وفي القنية: استأجر أرضاً سنة على أن يزرع فيها ما شاء فله أن يزرع فيها زرعين ربيعياً وخريفياً. وفي الجوهرة: ولا بأس باستئجار الأرض للزراعة قبل ريها إذا كانت معتادة للري في مثل هذه المدة التي عقد الإجارة عليها، وإن جاء من الماء ما يزرع به بعضها فالمستأجر بالخيار إن شاء نقض الإجارة كلها، وإن شاء لم ينقضها وكان عليه من الأجر بحساب ما روى منها اهـ. وفي القنية: ولو استأجرها ولا يمكنه الزراعة في الحال لاحتياجها إلى السقي أو كري الأنهار أو مجيء الماء فإن كان بحال تمكن الزراعة في مدة العقد جاز وإلا فلا كما لو استأجرها في الشتاء تسعة أشهر ولا يمكن زراعتها في الشتاء جاز لما أمكن في المدة، أما إذا لم يمكن الانتفاع بها أصلاً بأن كانت سبخة فالإجارة فاسدة، وفي مسألة الاستئجار في الشتاء يكون الأجر مقابلاً بكل المدة لا بما ينتفع به فحسب. وقيل: بما ينتفع به اهـ. واعلم أن الأرض لا ينحصر استئجارها للزراعة للبناء والغرس كما يوهمه المتون فقد صرح في الهداية بأن الأرض تستأجر للزراعة وغيرها. وقال في غاية البيان: أراد بغير الزراعة البناء والغرس وطبخ الآجر والخزف ونحو ذلك من سائر الانتفاعات بالأرض اهـ. فإذا عرفت ذلك ظهر لك صحة الإجارات الواقعة في زماننا من أنه تستأجر الأرض مقيلاً ومراحاً قاصدين بذلك إلزام الأجرة بالتمكن منها مطلقاً، سواء شملها الماء وأمكن زراعتها أو

شاء وللبناء والغرس فإن مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة إلا أن يغرم المؤجر قيمته

لا، ولا شك في صحته لأنه لم يستأجرها للزراعة بخصوصها حتى يكون عدم ريها فسخاً لها. وفي الولوالجية: استأجر أرضاً ليلبن فيها فالإجارة فاسدة. ثم هي على وجهين: إن كان للتراب قيمة ضمن قيمته ويكون اللبن له، وإن لم يكن له قيمة فلا شيء عليه واللبن له وضمن نقصان الأرض إن نقصت. وفي فتاوى قارئ الهداية أن إجارة الأرض المشغولة بزرع الغير إن كان الزرع بحق بأن كان بإجارة لا يجوز أن تؤجر ما لم يستحصد الزرع إلا أن يؤجرها مضافة إلى المستقبل، وإن كان الزرع بغير مستند شرعي صحت الإجارة لأن الزرع في هذه الصورة واجب القلع فإن المؤجر في هذه الصورة قادر على تسليم ما أجره بأن يجبر صاحب الزرع على قلعه، سواء أدرك أم لا، لأنه لا حق لصاحبه في إبقائه اهـ. والدار المشغولة بمتاع الساكن الذي ليس بمستأجر تصح إجارتها، وابتداء المدة من حين تسليمها فارغة؛ كذا في القنية. وفي الخلاصة: ولو أجر الأرض المزروعة ثم سلمها بعدما فرغ وحصد ينقلب جائزاً، ولو قال المستأجر استأجرت منك الأرض وهي فارغة وقال المؤجر لا بل هي مشغولة بزرعي يحكم الحال؛ كذا في المنتقى. وفي فتاوى الفضلي: القول قول الآجر اهـ.

قوله: **(وللبناء والغرس)** أي وصح استئجار الأرض للبناء والغرس وهو بفتح الغين بمعنى المغروس وقد جاء فيه الكسر؛ كذا في المغرب. لأنها منفعة تقصد بالأراضي. وفي القنية: ولا يجوز لمستأجر السبيل أن يبنى فيه غرفة لنفسه إلا أن يزيد في الأجرة ولا يضر بالبناء وإن كان معطلاً غالباً ولا يرغب المستأجر إلا على هذا الوجه جاز من غير زيادة في الأجرة إذا قال القيم أو المالك لمستأجرها أذنت لك في عمارتها فعمرها بإذنه يرجع على القيم والمالك، وهذا إذا يرجع معظم منفعته إلى المالك، أما إذا رجع إلى المستأجر وفيه ضرر بالدار كالبالوعة أو شغل بعضها كالتنور فلا ما لم يشترط الرجوع ذكره في الوقف قوله: **(فإن مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة)** لأنه لا نهاية لهما ففي إبقائهما إضرار بصاحب الأرض فوجب

قوله: **(ليلبن فيها)** قال الرملي: صوابه منها كما في الخانية قائلاً لوقوع الإجارة على العين قوله: **(ولا يجوز لمستأجر السبيل)** قال الرملي: تقدم في كتاب الوقف أن السبيل هو الوقف على العامة قوله: **(وفي القنية استأجر أرضاً وقفاً وغرس فيها أو بنى الخ)** قال الرملي: ذكرها بعد أن رمز (سم) (قع) لإسماعيل المتكلم أو هو بالمعجمة لشرف الأئمة المكي والقاضي عبد الجبار وقال فيها: قيل لهما فلو أبى الموقوف عليهم إلا القلع هل لهم ذلك؟ قال: لا وقد قالوا لا تعويل ولا التفات إلى كل ما قاله صاحب القنية مخالفاً للقواعد ما لم يعضده نقل من غيره وقد عضد بما في أوقاف الخصاف، ووجهه إمكان رعاية الجانبين من غير ضرر فعليه إذا مات أحدهما فللمستأجر أو ورثته الاستبقاء فيكون مخصصاً لكلام المتون. ووجهه أيضاً عدم الفائدة في القلع إذ لو قلع لا تؤجر بأكثر

مقلوعاً ويتملكه أو يرضى بتركه فيكون البناء والشجر لهذا والأرض لهذا والرطبة

القلع. وفي القنية: استأجر أرضاً وقفاً وغرس فيها أو بنى ثم مضت مدة الإجارة فللمستأجر أن يستبقيها بأجر المثل إذا لم يكن في ذلك ضرر، ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع ليس لهم

منه حتى لو حصل ضرر ما من أنواع الضرر بأن كان المستأجر أو وارثه مفلساً أو سيء المعاملة أو متغلباً يخشى على الوقف منه أو غير ذلك من أنواع الضرر يجب أن لا يجبر الموقف عليهم تأمل اهـ. كلام الرملي. والحاصل أن المتبادر من عبارة المتن كغيره من المتون أنه يلزم المستأجر بعد انتهاء مدة الإجارة تسليم الأرض للمؤجر فارغة، سواء كان الأرض ملكاً أو وقفاً، فليس للمستأجر أن يجبر المؤجر على أن يؤجرها منه مدة ثانية بدون رضاه. واستثنى في القنية أرض الوقف إذا بنى فيها أو غرس فله استبقاؤها بيده مدة أخرى بأجر المثل لما فيه من حصول المقصود من أرض الوقف وهو إيجارها بأجر المثل لأن أرض الوقف لا يمكن المتولي تعطيلها فحيث كان لا بد له من إيجارها بأجر المثل ورضي الباني والغارس بذلك كان أحق من غيره لحصول المقصود مع دفع الضرر عنه. وقد اضطرب كلام الخير الرملي في فتاواه فتارة أفتى بهذا وقال بعدما نقل ما ذكره المؤلف عن القنية والخصاف ما نصه: وأنت على علم أن الشرع يأبى الضرر خصوصاً والناس على هذا وفي القلع ضرر عليهم، وفي الحديث الشريف عن النبي المختار «لا ضرر ولا ضرار»[1] اهـ. وتارة أفتى بما هو إطلاق المتون من لزوم القلع. وقال في موضع آخر: يكلف قلع الأشجار إن لم يضر بأرض الوقف فإذا ضر يتملكه الناظر بقيمته مستحق القلع للوقف؛ هذا هو المختار كما نص عليه الأئمة الأخيار وعليه أصحاب المتون. وقد صرح في القنية بأن له أن يستبقيها بأجرة المثل وإن أبى الموقوف عليهم وبمثله صرح الخصاف وهو خلاف ما في المتون والله أعلم اهـ. وقد تكرر منه الإفتاء بذلك في مواضع من كتاب الإجارة، ومبناه على أن ما في القنية والخصاف لا يعارض إطلاق المتون أقول: وبهذا تعلم قطعاً أنه لو لم يكن له فيها بناء ولا غراس ولا غير ذلك وأراد استئجارها مدة أخرى ليس له ذلك بدون رضا المؤجر وأنه لا وجه لما اشتهر في زماننا في أن المستأجر الأول أحق ويسمونه ذا اليد حتى إذا فرغت مدة إيجاره وأراد المتكلم على الأرض إيجارها لغيره لكون المستأجر الأول مفلساً أو سيء المعاملة أو متغلباً أو نحو ذلك يفتونه بأنه ليس له ذلك ويقولون إن ذا اليد أحق حتى تبقى الأرض بيده سنين عديدة ويتحكم بالمؤجر بما أراد، وربما امتنع عن دفع أجرة المثل بسبب ذلك بل ربما استولى على الأرض وادعى ملكيتها بسبب طول استيلائه عليها، وقد صرحوا بأنه لو كان يخشى على الأرض من المستأجر فللمتولي فسخ الإجارة ونزعها من يده فكيف إذا مضت المدة؟ نعم قالوا إذا زادت أجرة المثل في أثناء المدة ففي رواية ليس له فسخها لأن العبرة لأول العقد وقد كان ابتداؤه بأجر المثل فلا يفسخ، وفي رواية شرح الطحاوي تفسخ لأن الإجارة تنعقد شيئاً فشيئاً، وعلى هذه الرواية فرعوا أن المستأجر إذا رضي بدفع الزيادة فهو أحق ولا يخفى ظهور وجهه وهو أن مدته باقية

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ١٧. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٣١. أحمد في مسنده (٥/ ٣٢٧).

كالشجر والزرع يترك بأجر المثل إلى أن يدرك والدابة للركوب والحمل والثوب للبس

ذلك اهـ. وبهذا يعلم مسألة الأرض المحتكرة وهي منقولة أيضاً في أوقاف الخصاف قوله: **(إلا أن يغرم له المؤجر قيمته مقلوعاً ويتملكه)** يعني بأن تقوم الأرض بدون البناء والشجر ويقوم بها بناء أو شجر لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما؛ كذا في الاختيار. وهذا الاستثناء راجع إلى لزوم القلع على المستأجر فأفاد أنه إذا رضي المؤجر يدفع القيمة لا يلزم المستأجر القلع وهذا صحيح مطلقاً، سواء كانت الأرض تنقص بالقلع أو لا، فلا حاجة إلى حمل كلام المصنف على ما إذا كانت الأرض تنقص بالقلع كما فعل الشارح تبعاً لغيره لكن لا يتملكها المؤجر جبراً على المستأجر إلا إذا كانت الأرض تنقص بالقلع، وأما إذا كانت لا تنقص فلا بد من رضاه قوله: **(أو يرضى بتركه فيكون البناء والغرس لهذا والأرض لهذا)** يعني إذا رضي المؤجر بترك البناء أو الغرس لا يلزم المستأجر القلع فلا حاجة إلى جعل الضمير في يرضى «عائداً إلى كل منهما ولا إلى التصريح برضاهما كما وقع في المجمع كما لا يخفى. وهذا الترك من المؤجر يكون عارية لأرضه إن كان بغير أجر وإجارة، وإن كان بأجر فقصره في غاية البيان على الأول مما لا ينبغي، وعلى الأول لهما أن يؤجراهما من أجنبي فإن فعلا فلهما أن يقسما الأجر على قيمة الأرض من غير بناء، وعلى قيمة البناء من غير أرض

وأن علة الفسخ هي زيادة الأجرة، فإذا رضي بدفع الزيادة زالت علة الفسخ فيكون أحق بإبقائها بيده إتماماً لمدة عقده، أما بعد تمام مدة عقده فلم يبق له حق فما وجه كونه أولى وأحق بإيجارها ثانياً منه جبراً على المؤجر؟ وإن رضي بدفع الزيادة فقياس هذا على ما إذا كانت المدة باقية قياس مع الفارق، والقياس لا يصح إلا بعد كونه من أهله مع استيفاء شرائطه وليس في أهل هذا الزمان أحد من أهل القياس إذا استوفى شرائطه فكيف مع كونه غير مستوف لشرائطه؟ قوله: **(وبهذا يعلم)** قال الرملي: أي بقوله استأجر أرضاً وقفاً الخ. وقوله «وهي منقولة» أي مسألة الاستيفاء تأمل قول المصنف: **(إلا أن يغرم له المؤجر قيمته مقلوعاً ويتملكه إلى قوله أو يرضى بتركه)** قال الرملي قال في شرح القدوري المسمى بمجمع الرواية قال الزاهدي: لأن الحق له فله أن لا يستوفيه لأن الأرض تصير عارية في يده بهذا قلت، وفي هذا إشارة إلى أنه يبقى بغير أجر بخلاف الزرع، ولهما أن يؤاجراها من أجنبي وذكر ما نقله عن الأقطع. وأقول: الذي يتضح أن الجواب متحد في حق البناء والغرس في الغصب والعارية والإجارة وهو وجوب القلع وتسليم الأرض فارغة حيث لا يضر بالأرض وإن أضر بها يتملكه صاحب الأرض بأقل القيمتين منزوعاً وغير منزوع، ولا فرق بين أرض الوقف والملك، فقوله في جامع الفصولين في الوقف «ولو اصطلحوا على أن يجعل ذلك للوقف بثمن لا يجاوز أقل القيمتين منزوعاً أو مبنياً فيه» صح، إما بيان للأفضل فلا ينافي الجبر عند عدم الاصطلاح أو هي رواية ضعيفة قوله: **(وهذا الاستثناء راجع إلى لزوم القلع الخ)** قال الرملي: لا يخفى أن ظاهر قوله «ويتملكه الإطلاق» فدخل فيه الجبر والرضا مطلقاً في حالتي الضرر وعدمه وليس كذلك فلذلك

. . . .

فيأخذ كل واحد منهما حصته؛ كذا في شرح الأقطع. وفي القنية من الوقف: بنى في الدار المسبلة بغير إذن القيم ونزع البناء يضر بالوقف يجبر القيم على دفع قيمته للباني، ويجوز للمستأجرين غرس الأشجار والكروم في الموقوفة إذا لم يضر بالأرض بدون صريح الإذن من المتولي دون حفر الحياض. وإنما يحل للمتولي الإذن فيما يزيد الوقف به خيراً وهذا إذا لم يكن لهم حق قرار العمارة فيها، أما إذا كان يجوز الحفر والغرس والحائط من ترابها لوجود الإذن في مثلها دلالة اهـ قوله: **(والرطبة كالشجر)** ولهذا قال في الجامع الصغير: وإذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تقلع لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر.

قوله: **(والزرع يترك بأجر المثل إلى أن يدرك)** لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين إذا انقضت مدة الإجارة بخلاف موت أحدهما قبل إدراكه فإنه يترك بالمسمى على حالة إلى الحصاد وإن انفسخت الإجارة لأن إبقاءه على ما كان أولى ما دامت المدة باقية، ويلحق بالمستأجر المستعير فيترك إلى إدراكه بأجرة المثل وخرج الغاصب فإنه يؤمر بالقلع مطلقاً لأن ابتداء الفعل ظلم وهو واجب الهدم لا التقرير. وفي التقرير: المراد بقول الفقهاء إذا انتهت الإجارة والزرع لم يستحصد يترك بأجر أي بقضاء أو بعقدهما حتى لا يجب الأجر إلا بأحدهما اهـ. وهو مما يجب حفظه قوله: **(والدابة للركوب والحمل والثوب للبس)** أي صح استئجار الدابة والثوب لأن المنفعة مقصودة معهودة معلومة. قيد بالركوب والحمل لأنه لو استأجر دابة ليجنبها ولا يركبها أو ليربطها على باب داره ليرى الناس أن له فرساً فالإجارة فاسدة ولا أجر له. وقيد باللبس في الثوب لأنه لو استأجر ثوباً ليزين بيته به أو حانوته فالإجارة فاسدة، ومن هذا النوع ما إذا استأجر آنية يصفها في بيته يتحمل بها ولا يستعملها أو داراً لا يسكنها لكن ليظن الناس أن له داراً أو عبداً على أن لا يستخدمه أو دراهم يضعها؛ كذا في الخلاصة. ووجهه أن هذه المنفعة ليست مقصودة من العين كما قدمناه أول الكتاب، وخرج أيضاً ما إذا استأجر فحلا لينزيه على أنثى فإنه لا يجوز. وفي الخلاصة: معاوضة الثيران في الكراب لا خير فيها، أما إذا أعطى البقر ليأخذ الحمار جاز ويكفي في استئجار الثوب للبس التمكن منه وإن لم يلبس لما في الخلاصة: رجل استأجر ثوباً ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته سنين ولم يلبسه رد لكل يوم دانق إلى الوقت الذي لو لبسه إلى ذلك الوقت لتخرق فحينئذ سقط الأجر بعد ذلك اهـ. وهو كالسكنى قال في المجمع: ويجب بنفس القبض وإن لم يسكنها، وفي الدابة لا يكفي التمكن لما في فصول العمادي من الفصل الثاني والثلاثين: ولو استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فأمسكها في منزله في المصر لا يجب الأجر ويضمن لو

قيده الشراح بقولهم «وهذا إذا كانت الأرض تنقص بالقلع» ففي قوله «لا حاجة إلى حمل كلام المصنف على ما إذا كانت الأرض تنقص» نظر فتأمل.

وإن أطلق أركب وألبس من شاء وإن قيد براكب أو لابس فخالف ضمن ومثله ما يختلف وفيما لا يختلف به بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره فإن

هلك اهـ. وفي الخلاصة: لو حبس الدابة ليلة حتى أصبح فردها ولم يركب عليها لا أجر عليه اهـ. وفيها أيضاً: رجل استأجر دابة ليحمل عليها له أن يركبها، وإن استأجرها ليركبها ليس له أن يحمل عليها، ولو حمل عليها فلا أجر عليه لأن الركوب يسمى حملاً يقال ركب فلان وحمل معه غيره ولا يسمى الحمل ركوباً أصلاً اهـ. وفي فصول العمادي معزياً إلى الذخيرة: استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع إلى منزله يوماً إلى الليل وكان يحمل الحنطة إلى منزله وكلما رجع كان يركبها فعطبت الدابة قال أبو بكر الرازي: يضمن لأنه استأجرها للحمل دون الركوب فكان غاصباً للركوب. وقال الفقيه أبو الليث: في الاستحسان لا يضمن لأن العادة جرت فيما بين الناس بذلك فصار مأذوناً فيه دلالة وإن لم يأذن بالإفصاح اهـ. فالحاصل أنهم اتفقوا على أن من استأجرها للحمل له أن يركبها لكن الرازي قيده بأن لا يجمع بينهما والفقيه عممه.

قوله: **(وإن أطلق اركب والبس من شاء)** أراد بالإطلاق التعميم بأن يأتي بلفظ دال على العموم من غير تقييد براكب ولابس معين لا الإطلاق المصطلح عليه عند الأصوليين، فلو قال على أن تركب من شئت أو تلبس من شئت صح العقد، ولو استأجرها للركوب ولم يسم من يركبه لا تصح الإجارة. والفرق أن في الثانية صار الركوبان مثلاً من شخصين كالجنسين فيكون المعقود عليه مجهولاً فلا يصح، وفي الأولى رضي المالك بالقدر الذي يحصل في ضمن الركوب فصار المعقود عليه معلوماً، وإذا فسدت فلو أركبها أو أركب بنفسه وجب المسمى استحساناً وتنقلب صحيحة ولا ضمان عليه عند الهلاك، وإذا صحت عند التعميم تعين أول راكب أو لابس لتعينه مراداً من الأصل فصار كالنص عليه ابتداء. وفي الخلاصة: وإذا تكارى قوم مشاة إبلاً على أن المكاري يحمل من مرض منهم أو من عي منهم فهذا فاسد قوله: **(وإن قيد براكب أو لابس فخالف ضمن)** يعني إذا عطبت لأن الناس يتفاوتون في العلم بالركوب واللبس ولا أجر عليه لأنه مع الضمان ممتنع، وكذا لا أجر عليه إن سلم لأنه لما سلم تبين أنه لم يخالف وأنه مما لا يوهن الدار؛ كذا في غاية البيان. واستفيد من كلامه أنه إذا قيد ليس له الإجارة والإعارة كما أنه إذا عمم له ذلك وليس له الإيداع في الأول ولو لضرورة دون الثاني؛ ذكره في فصول العمادي في مسألة ما إذا عي الحمار في الطريق فأرسله إلى صاحبه مع آخر قوله: **(ومثله ما يختلف)** باختلاف المستعمل في كونه يضمن إذا عطبت مع المخالفة والتقييد لما قدمناه قوله: **(وفيما لا يختلف به بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره)** لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء كالحدادة والقصارة خارج على ما قدمناه فلا يملكه إلا بالتنصيص قوله: **(وإن سمى نوعاً وقدراً ككر بر**

سمى نوعاً وقدراً ككر بر فله حمل مثله وأخف لا أضر كالملح وإن عطبت الدابة

له حمل مثله وأخف لا آخر كالملح) لأن الأصل أن من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى تلك المنفعة أو مثلها أو أقل منها جاز، وإن استوفى أكثر منها لم يجز فله أن يحمل كر حنطة لغيره لو استأجرها لحمل كر حنطة لأنه مثله ولو حمل كر شعير لأنه دونه وغلط من مثل بالشعير للمثل لأنه يلزم عليه أنه لو استأجرها لحمل كر شعير له أن يحمل كر حنطة وليس كذلك لأنه فوقه، وعلى هذا زراعة الأراضي لو عين نوعاً للزراعة له أن يزرع مثله وأخف منه لا أضر. ومنه ما لو استأجرها لحمل قطن معلوم فحمل مثل وزنه حديداً أو مثل وزن الحنطة قطناً أو تبناً أو حطباً. وأشار بالكاف في قوله «ككر بر» أنه لو سمى مقداراً من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثل ذلك بالوزن لا يضمن وهو الأصح به وكان يفتي الصدر الشهيد لأنه أخف من ضرر الحنطة.

قوله: **(وإن عطبت الدابة بالارداف ضمن النصف)** ولا اعتبار بالثقل لأن الدابة يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناية في الجنايات. وقيده المصنف في الكافي بكون الدابة تطيق حمل الاثنين، أما إذا كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها. وقيده الشارح بما إذا كان الرديف يستمسك بنفسه وإن كان صغيراً لا يستمسك يضمن بقدر ثقله. وقيد بكون العطب بالأرداف لأنه لو حمله على عاتقه ضمن جميع قيمتها لكونه يجتمع في مكان واحد فيشق على الدابة وإن كانت تطيق حملها؛ ذكره في النهاية. وأطلق الأرداف فشمل ما إذا أردف خلفه ولد الناقة الذي ولدته بعد الإجارة وإن كان ملك صاحبها لعدم الإذن كما لو حمل على دابته شيئاً آخر من ملك صاحبها؛ ذكره في المحيط. ولم يعين المصنف الضمن لأن المالك بالخيار إن شاء ضمن الرديف، وإن شاء ضمن الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن، والرديف يرجع إن كان مستأجراً من المستأجر وإلا فلا. ولم يتعرض المصنف لوجوب الأجر والمنقول في النهاية والمحيط أنه يجب جميع الأجر إذا هلكت بعد بلوغ المقصد مع تضمين النصف. ولا يقال كيف اجتمع الأجر والضمان لأنا نقول: إن الضمان لركوب غيره والأجر لركوبه بنفسه. وقيد بكونها عطبت لأنها لو سلمت فلا شيء عليه غير الأجر المسمى؛ كذا في غاية البيان. وقيد بكونه أردفه حتى صار الأجنبي كالتابع له أما إذا أقعده في السرج صار غاصباً ولم يجب عليه شيء من الأجر لأنه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدية فصار ضامناً والأجر لا يجامع الضمان؛ كذا في غاية البيان. وقيد بالأرداف لأنه لو ركبها وحمل عليها شيئاً يضمن قدر الزيادة **إن عطبت** الدابة، وليس المراد أن الرجل يوزن ويوزن الحمل لتعرف الزيادة لأن الرجال لا يوزنون بالقبان بل المراد أن يرجع إلى أهل البصيرة فيسأل منهم أن هذا الحمل كم يزيد على ركوبه في الثقل. وهذا إذا لم يركب موضع الحمل بل يكون

بالأرداف ضمن النصف وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد وبالضرب والكبح ونزع

ركوبه في موضع والحمل في موضع آخر، أما إذا ركب على موضع الحمل ضمن جميع القيمة؛ ذكره خواهرزاده قوله: **(وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد)** أي إذا استأجرها ليحمل عليها مقداراً فحمل عليها أكثر منه فعطبت يضمن ما زاد الثقل حتى لو كان المأذون مائة منّ وزاد عليه عشرين مناً يضمن سدس الدابة؛ ذكره المصنف في المستصفى. قيد بكون المستأجر هو الذي حملها أما إذا حملها صاحبها بيده وحده فلا ضمان على المستأجر لما في فصول العمادي: استكرى إبلاً على أن يحمل كل بعير مائة رطل فحمل مائة وخمسين رطلاً إلى ذلك الموضع ثم أتى الجمال بإبله وأخبره المستكري أنه ليس كل حمل إلا مائة رطل فحمل الجمال إلى ذلك الموضع وقد عطبت بعض الإبل لا ضمان على المستكري لأن صاحب الجمل هو الذي حمل فيقال له كان ينبغي لك أن تزن أولاً ا هـ. وإن حملاه معاً وجب النصف على المستأجر؛ ذكره في المحيط. ولو حمل كل واحد جولقاً وحده لا ضمان على المستأجر ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقاً بالعقد؛ ذكره في غاية البيان. وقيده الشارح بأن تطيق الدابة مثله أما إذا كانت لا تطيق ضمن جميع القيمة. وأشار بالزيادة إلى أنها من جنس المسمى فلو حمل جنساً آخر غير المسمى وجب جميع القيمة. وأشار بها إلى أنه حمل الزيادة مع المسمى معاً فلو حمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها فهلكت ضمن جميع القيمة ولم يتعرض المصنف للأجر إذا هلك. وفي غاية البيان: إن عليه الكراء كاملاً ا هـ. ولا يقال كيف اجتمع الأجر والضمان لأنا نقول: الأجر في مقابلة الحمل المسمى والضمان في مقابلة الزائد كما تقدم نظيره، وكذا لم يتعرض للأجر إذا سلمت ولم أره صريحاً والقواعد تقتضي أن يجب المسمى فقط، وأما إن حمله الجمال بنفسه وحده فلا كلام، وإما إذا حمله المستأجر زائداً على المسمى فمنافع الغصب لا تضمن عندنا، ومن هنا يعلم حكم المكاري في طريق مكة وإن كان لا يحل للمستأجر الزيادة على المسمى إلا برضا صاحب الدابة ولهذا قالوا: ينبغي أن يرى المكاري جميع ما يحمله.

قوله: **(وبالضرب والكبح)** أي يضمن بهما إذا هلكت. وفي المغرب: كبح الدابة باللجام إذا ردها وهو أن يجذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري. وقالا: لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلاً بإذنه فلا يضمنه، لأبي حنيفة

قوله: **(وإن حملاه معاً وجب النصف على المستأجر)** نقل بعده في المنح عن الخلاصة أنه يضمن ربع القيمة لأن النصف مأذون فيه والنصف الآخر بغير إذن وبحمله يضمن نصف هذا النصف. ونقله الشرنبلالي عن تتمة الفتاوى. قال بعض الفضلاء: ونقله في حاشية الشلبي على الزيلعي عنهما أيضاً وفي حاشية سرى الدين عن الخلاصة والمبسوط اهـ. قلت: ومثله في التتارخانية عن الذخيرة فليراجع المحيط فلعل ما هنا محرف أو المراد نصف الزائد يؤيده ما في البزازية: وأن يحمل عشرة

....

أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونه وإنما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق. قيد بالضرب والكبح لأنه لا يضمن بالسوق اتفاقاً، وظاهر ما في الهداية أن للمستأجر الضرب ولا إثم عليه للإذن العرفي فيه وإن كان مقيداً بشرط السلامة. وفي غاية البيان: إن ضربه للدابة يكون تعدياً موجباً للضمان بخلاف العبد المستأجر فإنه ليس له ضربه ويضمن به اتفاقاً لأنه يؤمر وينهي لفهمه فلا ضرورة إلى الضرب. وللسيد ضرب عبده تأديباً وللأب والوصي ضرب الصغير للتأديب لكن مقيد عند أبي حنيفة بشرط السلامة حتى يضمنان لو هلك بضربهما لأن التأديب قد يقع بالزجر والتعريك. وفي غاية البيان عن التتمة: الأصح أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما، والمعلم والأستاذ ليس لهما ضرب الصغير إلا بإذن الأب أو الوصي فإن مات لا ضمان عليهما إذا كان بإذن وإلا ضمنا. وأما ضربه دابة نفسه فقال في القنية: وعند أبي حنيفة لا يضربها أصلاً ولو كانت ملكه، وكذا حكم كل ما يستعمل من الحيوانات ثم قال: لا يخاصم ضارب الحيوان فيما يحتاج إليه للتأديب ويخاصم فيما زاد عليه. ولا يجوز ضرب أختها الصغيرة التي ليس لها ولي بترك الصلوات إذا بلغت عشراً ثم قال: له أن يضرب اليتيم فيما يضرب ولده به وردت الأخبار والآثار. وفي الروضة: له أن يكره ولده الصغير على تعليم القرآن والأدب والعلم لأن ذلك فرض على الوالدين، ولو أمر غيره بضرب عبده حل للمأمور ضرب عبده بخلاف الحر قال رضي الله عنه: فهذا تنصيص على عدم جواز ضرب ولد الآمر بأمره بخلاف المعلم لأن المأمور بضربه نيابة عن الأب لمصلحته والمعلم يضربه بحكم الملك بتمليك أبيه لمصلحة العلم. وأما ضرب الزوجة فجائز في مواضع أربعة وما في معناها: على ترك الزينة لزوجها وهو يريدها، وترك الإجابة إلى الفراش، وترك الغسل، والخروج من المنزل. وفي ضرب امرأته وولده على ترك الصلاة روايتان؛ كذا قالوا. ومما في معناها ما إذا ضربت جارية زوجها غيرة ولا تتعظ بوعظه فله ضربها؛ كذا في القنية. ويلحق به ما إذا ضربت الولد الذي لا يعقل عند بكائه لأن ضرب الدابة إذا كان ممنوعاً فهذا أولى. ومنه ما إذا شتمته أو مزقت ثيابه أو أخذت لحيته أو قالت له يا حمار يا أبله أو لعنته، سواء شتمها أو لا على قول العامة. ومنه ما إذا شتمت أجنبياً. ومنه ما إذا كشفت وجهها لغير محرم أو كلمت أجنبياً أو تكلمت عامداً مع الزوج أو شاغبت معه ليسمع صوتها الأجنبي. ومنه ما إذا أعطت من بيته شيئاً من الطعام بلا إذنه إن كانت العادة لم تجر به، وإن كانت العادة مساحة المرأة بذلك بلا مشورة الزوج فليس

فجعل عشرين وحملا معاً ضمن ربع القيمة لأن النصف مأذون والنصف لا فيتصف هذا النصف ومثله ما مر عن الخلاصة قوله: **(وقيده)** أي كلام المتن قوله: **(إذا هلك)** أي إذا هلك الحيوان المستأجر.

السرج والإكاف)أو الإسراج بما لا يسرج بمثله وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتاً

له ضربها. ومنه ما إذا ادعت عليه، وليس منه ما إذا طلبت نفقتها أو كسوتها وألحت لأن لصاحب الحق يد الملازمة ولسان التقاضي؛ كذا في البزازية من النوع الثالث في الضرب من الاختيار.

قوله: **(ونزع السرج والإكاف والإسراج بما لا يسرج بمثله)** يعني لو اكترى حماراً بسرج فنزع السرج فأسرجه سرجاً لا يسرج بمثله الحمر أو أوكفه مطلقاً أو نزع الإكاف وأسرجه بسرج لا يسرج بمثله فعطب ضمن جميع قيمته لأن الإكاف يستعمل لغير ما يستعمل له السرج وهو الحمل وأثره يخالف أيضاً لأنه لا ينبسط انبساط السرج فكان في حق الدابة خلافاً إلى جنس غير المسمى فلم يصر مستوفياً شيئاً من المسمى فيضمن الكل كما لو أبدل الحديد مكان الحنطة. وقيد بكونه لا يسرج بمثله لأنه إذا استأجرها بإكاف فأوكفها بإكاف مثله أو أسرجها مكان الإكاف لا يضمن؛ كذا في الخلاصة. وإنما قلنا في الإكاف مطلقاً لأن المنقول في الخلاصة أيضاً أنه لو استأجرها بسرج فأوكفها بإكاف يوكف مثلها فهلكت ضمن كل القيمة عند أبي حنيفة. وفيها أيضاً: لو استأجرها عريانة فأسرجها وركبها ضمن قال مشايخنا: إن استأجرها من بلد إلى بلد لا يضمن، وإن استأجرها ليركبها في المصر إن كان المستكري من الأشراف لا يضمن، وإن كان من العوام الذين يركبون عرياناً ضمن، ولو تكارى دابة ولم يذكر السرج والإكاف وسلمها عريانة فركبها بهذا أو بهذا إن كان مثله يركب بسرج يضمن إذا ركبها بإكاف، وإن كان يركب بكل واحد منهما لا يضمن إذا ركبها بهذا أو بهذا قال تأويله إذا ركب من بلد إلى بلد ا هـ. واعلم أن المنقول في الكافي للحاكم الشهيد الضمان مطلقاً من غير تفصيل المشايخ فكان هو المذهب لأنه ظاهر الرواية كما لا يخفى. وصحح قاضيخان في شرح الجامع الصغير أنه يضمن جميع القيمة لأنه ذكر الضمان مطلقاً فينصرف إلى الكل لأنه خلافه صورة ومعنى. وقال في غاية البيان قلت: ينبغي أن يكون الأصح ضمان قدر الزيادة. وفي الخلاصة: ولو استأجرها بغير لجام فألجمها لا يضمن إلا إذا ألجم بلجام لا يلجم مثلها ا هـ. وكذا إذا أبدله لأن الحمار لا يختلف باللجام وغيره؛ كذا في

قوله: **(أو نزع الإكاف فأسرجه بما لا يسرج مثله)** قال الرملي قال في السراج الوهاج: ولو اكترى حماراً بإكاف فأسرجه ونزع الإكاف فلا ضمان عليه لأن ضرر السرج أقل من ضرر الإكاف، وينبغي حمله على ما إذا أسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر، أما إذا كان لا يسرج بمثله الحمر فإنه يضمن كما هنا فلا مخالفة بينهما فتأمل قوله: **(وكذا إذا أبدله لأن الحمار الخ)** أي وكذا لا يضمن. وعبارة غاية البيان وقال الكرخي في مختصره: إن لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بذلك اللجام، وكذلك إن أبد له وذلك لأن الحمار لا يختلف باللجام وغيره ولا يتلف به فلم يضمن بإلجامه والله سبحانه وتعالى أعلم وهو الموفق والمعين. قال أستاذنا مؤلف هذه الحواشي

وحمله في البحر الكل وإن بلغ فله الأجر وبزرع رطبة وإذن بالبر ما نقص ولا أجر بخياطة قباء وأمر بقميص قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجر مثله.

غاية البيان قوله: **(وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتاً)** أي يجب الضمان إذا عين للمكاري طريقاً أو لمستأجر الدابة طريقاً وسلك غيره وكان بينهما تفاوت بأن كان المسلوك أبعد أو أوعر أو أخوف بحيث لا يسلك لصحة التقييد بكونه مفيداً، وأما إذا كان بحيث يسلك فظاهر الكتاب أنه إن كان بينهما تفاوت ضمن وإلا فلا. وأشار إلى أنهما لو تساويا لا ضمان، وقيد بالتعيين لأنه لو لم يعين لا ضمان. وفي الخلاصة: الحمال إذا نزل في مفازة وتهيأ له الانتقال فلم ينتقل حتى فسدت المتاع بمطر أو سرقة فهو ضامن إذا كانت السرقة والمطر غالباً قوله: **(وحمله في البحر الكل)** أي يضمن بحمله في البحر إذا قيد بالبر لأن التقييد مفيد بخطر البحر وبندرة السلامة فيه. أطلقه فشمل ما إذا كان مما يسلكه الناس أو لا، وقيدنا بكونه قيد بالبر لأنه لو لم يقيد به لا ضمان قوله: **(وإن بلغ فله الأجر)** قال الأتقاني: السماع بالتشديد أي وإن بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي اشترطه، ويجوز بالتخفيف على إسناد الفعل إلى المتاع أي إذا بلغ المتاع إلى ذلك الموضع وإنما وجب الأجر لارتفاع الخلاف ولا يلزم اجتماع الأجر والضمان لأنهما في حالتين قوله: **(وبزرع رطبة وأذن بالبر ما نقص ولا أجر)** أي ضمن ما نقص من الأرض إذا زرع رطبة وقد أذن له بزرع الحنطة لأن الرطاب أكثر ضرراً بالأرض من الحنطة، ولا يجب الأجر المسمى ولا غيره لأنه غاصب. قيد بكون ما زرعه أشد ضرراً لأنه لو كان أنقص ضرراً لا ضمان ويجب الأجر.

رحمه الله تعالى وأعاد علينا وعلى المسلمين من صالح دعواته وحشرنا في زمرته تحت لواء سيد المرسلين صلى الله عليه وعليهم وسلم أجمعين: الحمد لله تعالى قد انتهى هذا السفر المبارك والسفر أن اللذان قبله قراءة ومقابلة وتصحيحاً، وكتابة على الهامش بحسب الطاقة مع قراءة الدر المختار للشيخ علاء الدين الحصكفي وحاشيته للشيخ إبراهيم الحلبي المداري، وكتابة على هامشهما وضبطهما وتصحيحهما على جناب شيخنا فقيه عصره السيد محمد سعيد الحلبي أطال الله بقاءه وأناله ما أمله وتمناه وقلت شعراً:

ركبنا جواد الفكر في مهمة البر ... وخضنا بفلك العمر في لجج البحر

وغصنا بصافي اللب تيار عمقه ... إلى أن تحلينا من الكنز بالدر

وعدنا وقد أوفى لنا الدهر وعده ... وزاحت سحاب الهم عن أفق الصدر

إلى أن بدا البر المنير لنا وقد ... ملأنا نواحي البر بالرفد والبر

فشكراً لرب قد تعاظم فضله ... علينا وحمداً فائق العد والحصر

وسقياً لزين الدين رائد فلكه ... ختام ذوي التحقيق منشئ ذا السفر

فلله ما أبدى ولله دره ... ولله ما أهدى جزى أعظم الأجر

باب الإجارة الفاسدة

يفسد الإجارة الشرط وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى.

قوله: **(وبخياطة قباء وأمر بقميص قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجر مثله)** لأنه لما كان يشبه القميص من وجه لأن الأتراك يستعملونه استعمال القميص كان موافقاً من وجه مخالفاً من وجه، فإن شاء مال إلى جانب الوفاق وأخذ الثوب، وإن شاء مال إلى جانب الخلاف وضمنه القيمة. وإنما وجب أجر المثل دون المسمى لأن صاحبه إنما رضي بالمسمى عند حصول المقصود من كل وجه ولم يحصل. أطلقه فشمل ما إذا كان يستعمل استعمال القميص وما إذا شقه وجعله قباء خلافاً للأسبيجابي في الثاني حيث أوجب فيه الضمان من غير خيار، وسيأتي أنهما لو اختلفا في المأمور به فالقول لرب الثوب، والتقييد بالقباء اتفاقي إذ لو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء كان الحكم كذلك على الأصح. وفي الخلاصة: والصباغ إذا خالف فصبغ الأصفر مكان الأحمر إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض، وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه ولا أجر له، ولو صبغ رديئاً إن لم يكن فاحشاً لا يضمن. وإن كان فاحشاً بحيث يقول أهل تلك الصنعة إنه فاحش يضمن قيمة ثوب أبيض. وفيها أيضاً: رجل دفع إلى خياط ثوباً وقال له اقطعه حتى يصيب القدم وكمه خمسة أشبار وعرضه كذا فجاء به ناقصاً إن كان قدر أصبع ونحوه فليس بشيء، وإن كان أكثر يضمنه. وفيها أيضاً: ولو قال للخياط انظر إلى هذا الثوب إن كفاني قميصاً فاقطعه بدرهم وخيطه ثم قال إنه لا يكفيك يضمن الثوب، ولو قال انظر أيكفيني قميصاً فقال نعم فقال اقطعه ثم قال لا يكفيك لا يضمن والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب الإجارة الفاسدة

وهي كل عقد كان مشروعاً بأصله دون وصفه. وبين الفاسد والباطل هنا فرق أيضاً فإن الباطل ما ليس بمشروع أصلاً وحكمه أنه لا يجب فيه بالاستعمال أجر بخلاف الفاسد فإنه يجب فيه به أجرة المثل؛ صرح به في الحقائق شرح المنظومة في مسألة إجارة المشاع، وهكذا في جامع الفصولين لكن بين الإجارة والبيع فرق فإن الفاسد من البيع يملك بالقبض

فقد أودعت أفكاره غرراً بها — يقر جميع الحاسدين على القسر
ورعياً لشيخ العصر سيدنا الذي — رقى ذروة التحقيق أو حد ذا العصر
وَفاق على أهل الفضائل كلهم — بخفض جناح النفس مع رفعة القدر
وحل بفكر ثاقب كل مشكل — وحلى بعذب اللفظ ما مر في الدهر
وحلى بدر الفضل عاطل نحرنا — ففقنا على الحسناء في حلية النحر
فلا زال فينا مشرق الوجه ذا سنا — يلوح على الأكوان أشرق من بدر

....

والفاسد من الإجارة لا يملك المنافع بالقبض حتى لو قبضها المستأجر ليس له أن يؤاجرها، ولو أجرها وجب أجر المثل ولا يكون غاصباً وللآجر الأول أن ينقض هذه الإجارة؛ كذا في الخلاصة قوله: **(يفسد الإجارة الشرط)** أي الشروط المعهودة المتقدمة في باب البيع الفاسد التي ليست من مقتضى العقد لا كل شرط لأن الإجارة عقد معاوضة محضة تقال وتفسخ فكانت كالبيع، فكل ما أفسد البيع أفسدها. وقد ضبطه الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره فقال: إذا كان ما وقع عليه عقد الإجارة مجهولاً في نفسه أو في أجرة أو في مدة الإجارة أو في العمل المستأجر عليه فالإجارة فاسدة، وكل جهالة تدخل في البيع فتفسده من جهة الجهالة فكذلك هي في الإجارة ا هـ. والشروط التي تفسدها تفصيلاً كاشتراط تطيين الدار ومرمتها أو تعليق باب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر، وكذا اشتراط كري نهر في الأرض أو ضرب مسناة عليها أو حفر بئر فيها أو أن يسرقنها على المستأجر، وكذلك اشتراط رد الأرض مكروبة، وكذا لو شرط إن انقطع الماء عن الرحى فالأجر عليه، وكذا إن تكارى دابة إلى بغداد أو على أنه إن رزق شيئاً أعطاه وإن بلغت بغداد فله كذا وإلا فلا شيء له فهي فاسدة وعليه أجر مثل ما سار عليها، وكذا لو استأجر عبداً شهراً على أنه إن مرض فيه عمل في الشهر الذي بعده بقدر الأيام التي مرض فيها؛ كذا في غاية البيان. فخرج ما يقتضيه العقد كاشتراط أن يدفع له الأجر إذا رجع من السفر، واشتراط أن يفرغ له اليوم. وفي الخلاصة معزياً إلى الأصل: لو استأجر داراً على أن يعمرها ويعطي نوائبها تفسد لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد ا هـ. فعلم بهذا أن ما يقع في زماننا من إجارة أرض الوقف بأجرة معلومة على أن المغارم وكلفة الكاشف على المستأجر أو على أن الجرف على المستأجر فاسد كما لا يخفى قوله: **(وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى)** لأن الفاسد ملحق بالصحيح فوجد في قدر المسمى شبهة العقد وفيما زاد عليه لم يوجد فيه عقد ولا شبهة فبقي على الأصل. وأشار بعدم مجاوزته للمسمى إلى أن الكلام فيما إذا كان المسمى معلوماً غير محرم لأنه لو كان الفساد لجهالة المسمى كله أو بعضه أو لعدمه ليس فيه مسمى حتى يصح أن تنتفي المجاوزة عنه فلهذا وجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وكذا لو كان الأجر خمراً أو خنزيراً فإنه يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ. واستثنى الشارح أيضاً ما إذا استأجر داراً على أن لا يسكنها فالإجارة فاسدة ويجب أجر المثل بالغاً ما بلغ إن سكنها وفيه نظر، لأن الأجرة إن لم تكن

مدى الدهر ما غنى الهزار مرنماً   وما جددت أفراحنا ختمة البحر

وذلك في أوائل ربيع الثاني سنة ألف ومائتين وثلاثين، وأنا الفقير إليه تعالى أقل عبيده وأحوجهم إلى تأييده وتسديده محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الشهير بابن عابدين عفي عن آمين.

....

مسماة فهي المسألة المتقدمة، وإن كانت مسماة ينبغي أن لا يجاوز به المسمى كغيرها من الشروط، وقد ذكرها في الخلاصة ولم يتعرض للأجرة ثم قال: وإن شرط أن يسكنها المستأجر وحده يجوز والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. وهذا آخر ما نظمه بنان التحقيق في سمط الدراري وتحلى به عقود البيان ففاق اللآلئ في جيد الجواري، ونهاية ما يسر الله تأليفه للعلامة الفاضل والأستاذ الكامل الشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم رحمه الله تعالى وغفر الله لنا وله ولكل المسلمين أجمعين آمين والحمد لله رب العالمين.

وقد بين حال كيفية تلك الحاشية وما بيضه منها المؤلف وما جمعه هو حتى ظهرت للعيان غانية، حضرة العلامة الفاضل، والأستاذ الكامل، من هو لدرر الآدب عقد فريد، ولمحاسن الصفات قامة وجيد، حضرة مبيض حاشية البحر العلامة السيد أحمد بن السيد عبد الغني بن عمر عابدين أدام الله عليه رضاه ونفع به الأنام وبلغه من الخيرات مناه فقال:

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي جعلنا من أشرف الأمم، ووفقنا للسلوك في الطريق الأمم، نحمده حمد شاكر لنعمه، ذاكر لفضله وكرمه. والصلاة والسلام على سيدنا محمد أشرف الرسل، الهادي إلى أقوم السبل، وعلى آله الأئمة الأعلام، الناشرين لواء الإسلام، وعلى أصحابه الأبرار وتابعيهم الأخيار. وبعد، فيقول الفقير أحمد بن عبد الغني بن عمر عابدين: إن شيخنا سيدي المرحوم العم مؤلف هذه الحاشية المسماة «منحة الخالق على البحر الرائق شرح كنز الدقائق» قد كان علقها على هامش نسخته البحر حين قراءته له على شيخه العلامة فقيه العصر ويتيمة الدهر السيد سعيد الحلبي، وكتب على عبارات هذا الشرح ما يحل عقالها ويدفع إشكالها من كلام أخي الشارح في شرحه المسمى بالنهر، ومن كلام الشيخ خير الدين الرملي في حاشيته على هذا الكتاب، ومن كلام غيرهما مما رآه مسطوراً في الكتب أو استخرجه بفكره المضاهي لثواقب الشهب، وقد ذكر ذلك على ظهر نسخته البحر المذكورة ثم قال: وإذا تم ذلك بمعونة الله تعالى أجمعه في سفر ليكون كحاشية مستقلة لعله يكون به النفع لي ولغيري من المتعلمين بفضل أكرم الأكرمين. وإن اخترمتني المنية قبل جمع ما سطرته في الهوامش فقد أذنت لمن اطلع على حقيقة هذا الأمر أن يجمع ذلك ويكون شريكي في إيصال هذا الخير فقد أجهدت نفسي في جمع ذلك مع التأمل والمراجعة لشيخنا أطال الله بقاءه ومراجعة كثير من كتب المذهب اجتمعت عندي ولله الحمد والمنة. أسأله سبحانه وتعالى أن يتمم فضله وإحسانه. بحرمة نبيه النبيه وأصحابه وتابعيه آمين ا هـ. ثم إنه بعد أن أتمها جعل لها خطبة وجرد منها كراسين بخطه ثم أتته دعوى ربه لنيل الحسنى بلقائه وقربه فأجاب داعيه ولبى مناديه في سنة ١٢٥٢. فقصد هذا الفقير تجريدها وجمعها في سفر خوفاً عليها من

....

الضياع وحرصاً على حصول النفع بها في سائر البقاع وخدمة لشيخنا العم خصوصاً ولسائر المسلمين عموماً، وجاءت في اثنين وتسعين كراساً وأصبحت فى دجنات المشكلات نبراساً وكانت ولادته سنة ١١٩٨ هجرية.

يقول راجي غفران المساوي رئيس لجنة التصحيح بدار الكتب العربية الكبرى محمد الزهري الغمراوي:

الحمد لله الذي استمد العالم من بحر عطائه: واستنارت البصائر بسطور آيات وحدانيته على ذرات أرضه وسمائه، والصلاة والسلام على المنتقى من أفضل جرثومة، والدال على أحسن طريقة وأسمى صراط مستقيمة، سيدنا محمد المبعوث هداية للأنام، والمؤيد بالبراهين الدالة على أنه للأنبياء ختام، وعلى آله كنز أسراره، وأصحابه المنتخبين لانتصاره (أما بعد) فقد تم بحمده تعالى طبع شرح البحر الرائق لكنز الدقائق للعلامة الإمام والفهامة الذي يستند إليه عند مزالق الأقدام، من أضاءت شموس تحقيقاته آفاق الأذهان، واستبصرت بنبراس تدقيقاته في معالم الخير العينان، اللوذعي الفاضل والملاذ الكامل الشيخ زين الدين المشهور بابن نجيم لا زالت مواطر الإحسان تتولى عليه، وأدعية المنتفعين بآثاره واصلة إليه، وكتابه البحر هو الكتاب الذي جمع من أشتات المسائل ما يفوق الدر في الصدف، ومن التحقيقات وحسن السبك ما بهر الأفكار، وله المنصف أقر واعترف، وقد تزينت طرره بما هو أزهى من الجواهر الغوالي، وأسمى من النجوم إذا انتظمت في العقود لآلي، وهو ما جادت به قريحة علامة عصره، وخاتمة المحققين بإجماع من نبل في علمه وقدره، العلامة السيد محمد بن عابدين رحمه الله وأثابه رضاه من الحواشي الرقيقة، والدرر التي نظمت في خيوط من التحقيق دقيقه، فجاء كتاباً جمع من مسائل المذهب كل شارده، وأروى من رحيق كشفه للمدلهمات كل نفس وارده، فرحم الله تلك النفوس التي جادت بتلك الآثار، وأعان من تصدى لنشر تلك الأنوار بإعادة طبعه وتحسين وضعه بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر الحائزة من محاسن المزايا ما يفوق الحصر. وكان حسن تمامه واستكمال نظامه في الحجة الحرام التي هي لسنة ١٣٣٣ تمام من هجرة من هو للأنبياء ختام عليه وعلى آله وصحبه أفضل الصلاة والسلام آمين.

ويليه تكملة العلامة الفاضل والهمام الكامل الشيخ محمد الشهير بالطوري رحمه الله تعالى وهي الجزء الثامن وأولها كتاب الإجارة حيث إنه رحمه الله ابتدأ التأليف من أول الإجارة لا من محل ما وقف عليه العلامة ابن نجيم وهو الإجارة الفاسدة رحمهما الله تعالى آمين.

فهرس المحتويات

كتاب الشهادات

كتاب الوكالة

كتاب الدعوى

كتاب الإقرار

كتاب الصلح

كتاب المضاربة

كتاب الوديعة

كتاب العارية

كتاب الهبة

كتاب الإجارة